# DIE DOGMATISCHE STELLUNG DER ERMÄCHTIGUNG

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
(RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABTEILUNG)
DER EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON
FRITZ RAICH
AUS STUTTGART

7223

1962

WILHELM SCHLECHT'SCHE BUCHDRUCKEREI, BÖBLINGEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549606_0090

# DIE DOGMATISCHE STELLUNG DER ERMÄCHTIGUNG

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
(RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABTEILUNG)
DER EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON
FRITZ RAICH
AUS STUTTGART

1962

WILHELM SCHLECHT'SCHE BUCHDRUCKEREI, BÖBLINGEN

gi60/62

Obmann: Professor Dr. Günter Dürig
1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Professor Dr. Ernst Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung: 28. 2. 1962

# GLIEDERUNG


I. Abschnitt: *Einleitung*
- § 1: Der Wert dogmatischer Untersuchung
- § 2: Die Aufgabe
- § 3: Verfügungs-, Einziehungs- und Prozeßführungsermächtigung als notwendige Ergänzung der modernen Kreditsicherungsmittel.

II. Abschnitt: *Die Grundlagen der Ermächtigungslehre*
- § 4: Formen und Begriff der Ermächtigung
- § 5: Das Wesen der Zustimmung im BGB
- § 6: Zustimmung im Sinne § 185 BGB im Vergleich zur Vollmacht
- § 7: Die systematische Stellung des § 185 BGB
  Anhang zu § 7:
  Die Stellung des Einwilligungsempfängers
- § 8: Die Überlassung zur Rechtsausübung
  – Die Lehre von Hirsch und Ludewig –
- § 9: Das Überlassungsgeschäft nach dem BGB.

III. Abschnitt: *Die Verpflichtungsermächtigung*
- § 10: Der Stand der Meinungen
- § 11: Begründung nach §§ 182 f. BGB.
- § 12: Läßt sich aus einzelnen gesetzlichen Regeln ein allgemeines Prinzip herleiten?
- § 13: Analogie zu § 185 BGB?
- § 14: Verpflichtungsermächtigung als konstruktives Problem
- § 15: Mögliche Wirkungen der Zustimmung
- § 16: Offenheitsprinzip?
- § 17: Abgrenzung zum Vertrag zu Lasten Dritter.

IV. Abschnitt: *Die Einziehungsermächtigung*
- § 18: Der Stand der Meinungen
- § 19: Ist die Einziehung einer Forderung Verfügung?
- § 20: Die Bedeutung des § 185 BGB für die Einziehungsermächtigung
- § 21: Die Begründung Löbls
  Die Lehre von der Zuordnung
- § 22: Einziehungsermächtigung und beschränkte Rechtsübertragung
- § 23: Der Nießbrauch an Geldforderungen im Vergleich zur Einziehungsermächtigung
  – Anwendung zu § 22 –
- § 24: Ergebnis
  Die praktische Bedeutung der Einziehungsermächtigung.

V. Abschnitt:
- § 25: Schlußfolgerung.

*Bähr,* Zur Zessionslehre, Iherings Jahrbücher für Dogmatik 1, 351 f.
*Bärmann,* Wohnungseigentumsgesetz, Kom., 1958
*Baur,* Lehrbuch des Sachenrechts, 1960
Besprechung der Lehrbücher zum Sachenrecht von Hedemann, Westermann und Lent, JZ 52, 58 f.
Zur „dinglichen Seite" der Geschäftsführung ohne Auftrag, JZ 52, 328, 329
Besprechung der Schrift Dulckeits, JZ 52, 381, 382
Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 26. 11. 1957 (JZ 58, 245 f), JZ 58, 246
*Behre, K.,* Beschränkte Abtretung und Ermächtigung, Dissertation Göttingen 1930
*Beitzke,* Familienrecht, Kurzlehrbuch, 9. A., 1960
*Bekker,* System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I, 1886
*Bettermann,* K. A., Vom Stellvertretenden Handeln, Dissertation Gießen 1937
*Bettermann,* Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 51, 321 f. = Bettermann a. a. O. = JZ 51, 321 f.
*Blomeyer,* Allgemeines Schuldrecht, 2. A. 1957
*v. Blume,* Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, Iherings Jahrbücher 48, 417 f.
*Böckel,* „Die Ermächtigung" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft II, S. 335
*Böhle-Stamschräder,* Konkursordnung, Kurzkommentar, 5. A.
*Boehmer,* Der Erfüllungswille, 1910
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abteilung, 1951
*Bruck,* Das Privatversicherungsrecht, 1930
*v. Brunn,* Die gewillkürte Prozeßstandschaft, 1933, 50. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, begründet von Rudolf Leonhard
*v. Caemmerer,* Bereicherung und Unerlaubte Handlung, Festschrift für E. Rabel, 1954, Bd. 1, S. 333 f.
*Cohn,* Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931
Zur Legitimationsübertragung von Inhaberaktien, ZHR 92, 337 f.
*Crome,* System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1900
*Dölle,* Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Fritz Schulz, II. Bd., S. 268 f.
*Dreyer,* Die Rechtsstellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten nach deutschem bürgerlichen Recht, Dissertation 1928
*Dulckeit,* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951
Reden zu seinem Gedächtnis von Kunkel, Larenz und Ballerstedt, Kiel 1955
*Eccius,* Überlassung unveräußerlicher Rechte zur Ausübung, Gruchot 50, 503 f.
*Ehrenzweig,* Dt.-(österr.) Versicherungsvertragsrecht, 1952
*Eichler,* Institutionen des Sachenrechts, Bd. II, 2. Halbband 1960
Die Rechtslehre des Vertrauens, 1950
*Endemann,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. A. 1903
*Enneccerus,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgem. Teil, 12. Bearbeitung
*Enneccerus - Kipp - Wolff,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. IV, Familienrecht, 7. A. 1931
*Enneccerus-Lehmann,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 15. A. 1958
*Enneccerus-Nipperdey,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgem. Teil des BGB, 1. und 2. Halbband, 15. A.
*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,* 1. Lesung, Amtliche Ausgabe 1888

*Erman,* Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. A. 1958
*Esser,* Lehrbuch des Schuldrechts, 1. A. 1949
Lehrbuch des Schuldrechts, 2. A. 1960
§ 242 und die Privatautonomie, JZ 56, 555 f.
*Flume,* Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 59, 913 f.
Anmerkung zu BGHZ 32, 357 f., JZ 60, 637 f.
*v. Gierke, J.,* Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. A. 1959
*Goldschmidt, H.,* Eigentum und Eigentumsteilrechte in ihrem Verhältnis zur Sozialisierung, 1920
*Güthe-Triebel,* Grundbuchordnung, 6. A.
*Hägele,* Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis, Bd. IV, Grundbuchrecht, 2. A.
*Haymann,* Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 133, 234 f., JW 32, 397 f.
*Heck,* Grundriß des Schuldrechts, 1929
Grundriß des Sachenrechts, 1930
*Heinemann,* Die Formen der Rechtsausübung, Iherings J. 81, 373 f.
Die Verwaltungsrechte an fremdem Vermögen, Gruchot 70, 496 f.
*Hellmann, F.,* Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, 1882
*Hellwig, K.,* Lehrbuch des dt. Zivilprozeßrechts, 3 Bände
System des dt. Zivilprozeßrechts, Teil 1, 1912
Anspruch und Klagerecht, 1900
Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung, 1901
*Henke-Mönch-Horber,* Grundbuchordnung, Kurzkommentar, 6. A. 1959
*Herschel,* Verpflichtungsermächtigung und Tarifvertragsrechte, JZ 52, 26
*Hillebrand, Friedhelm,* Die gewillkürte Prozeßstandschaft, Dissertation Köln 1958
*v. Hippel,* Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936
*Hirsch, H. Chr.,* Die Übertragung der Rechtsausübung — Vervielfältigung der Rechte — 1. Teil, 1910
*Hoche,* Zivilprozeßrecht, 2. A. 1954
*Hueck-Nipperdey,* Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., 6. A. 1957
*Hueck-Nipperdey-Tophoven,* Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. A. 1955
*Ihering,* Unsere Aufgabe, Iherings J. 1, 1. f.
*Isay,* Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900
*Jacobi,* Die Wertpapiere, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 1, 1917, S. 125 f.
*Jaeger-Lent,* Konkursordnung, Kom., 8. A. 1958
*Jander,* Die Legitimationsübertragung, JW 1913, 471 f.
*Kipp-Coing,* Erbrecht, 11. A. 1960
*Kisch, Wilh.,* Handbuch des Privatversicherungsrechts, Bd. 3, 1922
Die gewillkürte Prozeßstandschaft, Festschrift für Francesco Carnelutti, II. Bd., 1950, S. 403 f.
*Köhler,* Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage?, 1953
*Kohler,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allg. Teil, 1904 — Bd. II, Teil 1, Schuldrecht, 1906 — Bd. II Teil 2, Sachenrecht, 1915
*Kreß,* Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929
*Kretschmar,* Überlassung der Nießbrauchausübung, Gruchot 65, 432 f.
Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs, LZ 14, 991 f.
*Kroll, Harro,* Die Verpflichtungsermächtigung, Dissertation Tübingen, 1954
*Kronstein,* Besprechung der Lehrbücher zum Sachenrecht von Wolff-Raiser und Westermann, Fam. RZ 59, 171 f.

*Krückmann,* Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in:
Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben; Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III, S. 79 f.
Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, AcP 103, 139 f.
Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, AcP 108, 179 f.
Archiv f. Bürgerl. Recht, 41, 338
*Krüger-Breetzke-Nowack,* Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar 1958
*Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgem. Teil, Bd. II, Besonderer Teil, 4. A.
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
*Laufke,* Zum Problem Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für H. Lehmann, I. Bd., 1956, S. 145 f.
*Lehmann,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. A. 1960
*Lenel,* Besprechung des 80. Bandes der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1913, 881 f.
*Lent,* Zur Lehre von der Partei kraft Amtes, ZZP 62, 129 f. = Lent a. a. O.
Die prozessuale Stellung des Konkursverwalters, in:
die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV, Zivilprozeßrecht, 1929, Seite 275 f.
*Leonhard, F.,* Allgemeines Schuldrecht, 1929
Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899
Vertretung und Fremdwirkung, Iherings J. 86, 1 f.
*Leonhard, R.,* Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900
*Löbl,* Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, AcP 129, 257 f. und AcP 130, 1 f. Löbl a. a. O. = AcP 129, 257 f.
*Ludewig,* Die Ermächtigung, Marburg 1922 = Ludewig a. a. O.
Allgemeine Rechtsgrundsätze der Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1922
Anmerkung zu RGZ 118, 330 f., JW 28, 1959 f.
*v. Lübtow,* Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers, JZ 60, 151 f.
*Manigk,* Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901
Das rechtswirksame Verhalten, 1939
„Interessenjurisprudenz" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft III, S. 309 f.
*Maunz-Dürig,* Grundgesetz, Komm. 1958 f.
*Metzger,* Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten, JZ 61, 366
*Mitteis,* Deutsches Privatrecht, 2. A., 1953
*Molitor,* Schuldrecht, Allgem. Teil, Kurzlehrbuch, 4. A.
*Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*
*Müller-Erzbach,* Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt; 1905
*Müller-Freienfels,* Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955
*Mugdan,* Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd. III: Sachenrecht, 1899
*Nipperdey,* Treuhänderschaft und Gesetz Nr. 8 AHK, Festschrift für Nikisch, 1958, Seite 307 f.
*Nußbaum,* Anmerkung zu RGZ 118, 330 f., JW 28, 629 f.

*Oertmann,* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Allgem. Teil, 3. A., 1927
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abtlg. 1928, 2. Abtlg. 1929, 5. A.
Verträge auf Handlungen dritter Personen, Festschrift für Zitelmann, 1913, 13. Beitrag
Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Iherings J. 66, 130 f.
Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123, 129 f.
*Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch, 20. A., 1961
*Planck,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., Allg. Teil, 4. A.
II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. A.
II. Bd., 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. A.
III. Bd., Sachenrecht, 4. A.
IV. Bd., 1. Hälfte, Familienrecht, 4. A.
*Pohle,* Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 5. 10. 55 = JZ 56, 62, MDR 56, 154 f.
Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent 1957, S. 211 f.
*Prölls,* Versicherungsvertragsgesetz, Kurzkommentar, 12. A.
*Protokolle* der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
*Raape,* Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Iherings J. 71, 97 f.
Zustimmung und Verfügung, AcP 121, 257 f.
*Radbruch,* Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. A.
*Raiser, L.,* Besprechung des Lehrbuchs zum Sachenrecht von Westermann, JR 55, 118 f.
Dingliche Anwartschaften, 1961
Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 9. 2. 1960 = JZ 61, 24 f., JZ 61, 26 f.
*Raiser, R.,* Kommentar der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, 2. A., 1937
*Regelsberger,* Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Iherings J. 47, 339 f.
RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
I 1, 11. A. / I 2, 11. A. / II 1, 11. A. / II 2, 11 A. / III 1 (§ 854 — 1011), 11. A. / III 2, 10. A. / IV 1, 10, 11. A.
*Richter,* Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen, Gruchot 60, 766 f.
*Rieke,* Zum Schutz des Schuldners nach § 409 Abs. 1 BGB, NJW 59, 1415 f.
*Riezler,* Venire contra factum proprium, 1912
*Rosenberg,* Lehrbuch des dt. Zivilprozeßrechts, 8. A., 1960
Stellvertretung im Prozeß, 1908
Zur Lehre von der gewillkürten Prozeßstandschaft, JZ 52, 137 f.
*Rümelin,* Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93, 131 f.
*Ruhl - Drischler - Mohrbutter,* Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 4. A.
*Schmidt,* Zum Streit um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, Gruchot 57, 241 f.
*Schönfeld,* Verfügungsbeschränkungen und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, JZ 59, 140 f.
*Schöninger,* Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs (Zession zum Inkasso), AcP 96, 163 f.

*Schönke-Baur,* Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht, 6. A.
*Schultz,* Anmerkung zu der Entscheidung des Reichsgerichts in JW 24, 809, JW 24, 809.
*Schultze,* Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Iherings J. 43, 1 f.
*Schultze-v. Lasaulx,* Besprechung des Lehrbuchs des Sachenrechts von Westermann, AcP 151, 449 f.
*Siber,* Grundriß des Schuldrechts, 1931
Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen, Iherings J. 67, 81 f.
*Siebert,* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
*Soergel-Siebert,* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. I, 9. A. — Bd. III, 9. A.
*Sohm,* Der Gegenstand, Festschrift für Degenkolb, 1905, S. 5 f.
*v. Spreckelsen,* Der Begriff des privatrechtlichen Amtes, Leonhards Studien, Heft 41, 1927
*Stampe,* Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG München, JW 1921, 479 f.
*Staudinger,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 11. A. / Bd. II, 1. Teil, 9. A. / Bd. II, 2. Teil, 11. A. / Bd. II, 3. Teil, 11. A. / Bd. III, 1. Teil, 11. A. / Bd. III, 2. Teil, Lieferung 1 und 2, 11. A. / Bd. IV, 1. und 2. Teil, 9. A.
*Stein - Jonas - Schönke* (fortgeführt von *Pohle*), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. A.
*Stoll, W.,* Die Ermächtigung als selbständiger Rechtsbegriff, Diss. Gießen 1935
*Titze,* Recht der Schuldverhältnisse, 4. A.
*v. Tuhr,* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910 / 2. Bd. 1. Hälfte 1914 / 2. Bd. 2. Hälfte 1918
Zum Begriff der Verfügung nach BGB, AcP 117, 193 f.
Zur Lehre von der Anweisung, Iherings J. 48, 1 f.
*Ulmer,* Urheber- und Verlagsrecht, 2. A. 1960
*Wach,* Handbuch des dt. Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1885
*Warneyer,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. 1932
*Westermann,* Lehrbuch des Sachenrechts, 4. A. 1960
Besprechung der Schrift Dulckeits, AcP 152, 93 f.
*Wieacker,* Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DRW 1941, 49 f.
*Wieczorek,* Zivilprozeßordnung, Kommentar, Bd. IV, Teil 1 und 2, 1958
*Wolff, H. J.,* Organschaft und Juristische Person, Bd. 2: Theorie der Vertretung, 1933/34
*Wolff, M.,* Der Bau auf fremdem Boden, 1900
*Wolff-Raiser,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Bd., Sachenrecht, 10. A., 1957
*Wunderlich,* Die Einziehungsermächtigung, Diss. Köln 1937
*Zeth, A.,* Der Unterschied zwischen Einwilligung in fremdes Rechtsgeschäft und Bevollmächtigung, Diss. 1908
*Zimmermann,* Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1876
*Zitelmann,* Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches II, 1889 Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1 f.

1. Abschnitt

# EINLEITUNG

## § 1

### *Der Wert dogmatischer Untersuchung*

Seit *Iherings* Huldigung auf die Dogmatik, mit der er seine Jahrbücher eröffnete[1], mußte diese Methode der Rechtstechnik und der Auslegung und damit der Rechtslehre überhaupt, mancherlei Abwertung erfahren.[2] Wenn wir auch heute die Grenzen der dogmatischen Betrachtungsweise bei der Rechtserkenntnis sehen, ihr einen Platz neben anderen Faktoren, wie z. B. der Interessenbewertung, einräumen, so vermag doch nur dogmatisches Forschen die Zusammenhänge zu enthüllen. Dogmatische Erkenntnis schaut durch die Einzelregeln hindurch und hilft einen zusammenhängenden, in sich geschlossenen Aufbau der Rechtsordnung zu begründen, die einzelnen Regeln „als notwendige Folgen eines einheitlichen Prinzips zu begreifen"[3].

Sind erst einmal die dogmatischen Grundlagen eines Rechtsinstituts erarbeitet, so läßt sich dessen praktische Ausformung leicht begreifen und einfacher wird es, Lücken auszufüllen und neu auftretende Rechtsfragen zu lösen, sofern man sich stets bewußt bleibt, daß das einzelne Rechtsinstitut seinen Platz in einer größeren Ordnung hat und nicht isoliert gesehen werden kann. Andere Institute können die Einzelregeln beeinflussen, modifizieren, so daß es mitunter Mühe macht, einer Gesetzesnorm ihre Ableitung aus einem übergeordneten Prinzip anzusehen.

Sieht man so in der bürgerlichen Rechtsordnung ein Zusammenspiel, ein logisches Ineinandergreifen zahlreicher Rechtsinstitute, so muß es möglich sein, ein neues Institut darauf zu prüfen, ob es sich widerspruchslos dem System einfügen läßt oder ob es ein Fremdling ist.

Zumindest kann die Dogmatik dazu verhelfen, ein neues Rechtsinstitut an den ihm gebührenden Platz einzuordnen und sie kann damit der Praxis den Weg weisen, in welcher Richtung es auszuformen sein wird. Die Dogmatik leistet somit einen Beitrag, „lebendes Recht und Rechtssystem wieder miteinander in Einklang zu bringen".[4]

## § 2:

### *Die Aufgabe*

Das Thema bestimmt den Umfang der Arbeit. Die materiell-rechtlichen Grundlagen der Ermächtigung sollen untersucht werden. Dafür ist nicht erforderlich, alle Einzelformen zu behandeln, denn sie können, wenn es

1 In *Iherings* Jahrbücher für Dogmatik Bd. 1, Seite 1 f.
2 Vergl. *Raiser*, dingl. Anwartschaften, S. 45/46
3 *Radbruch*, Einführung, S. 245
4 *Raiser*, dingl. Anwartschaften, Vorbemerkung, Seite 1

einen einheitlichen Ermächtigungsgedanken geben sollte, nur Ausformungen dieses Prinzips sein.

Die Grundlage bildet die sogenannte Verfügungsermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB), daneben haben sich für die dogmatische Erkenntnis als besonders lehrreich erwiesen: die sogenannte Verpflichtungsermächtigung, weil die Berührungspunkte zur rechtsgeschäftlichen Vertretung hier besonders augenfällig sind, und die sogenannte Einziehungsermächtigung, weil sie notwendig und eindringlich zu den Problemen der Überlassung zur Rechtsausübung und den Fragen der konstitutiven Rechtsübertragung hinführt.

Die Arbeit wird sich mit der praktischen Ausgestaltung der Ermächtigungsformen nur insoweit befassen, als sie Rückschlüsse auf deren dogmatische Stellung erlauben.

## § 3:

### *Verfügungs-, Einziehungs- und Prozeßführungsermächtigung als notwendige Ergänzung der modernen Kreditsicherungsmittel*

Die genannten Ermächtigungsformen haben ihre hauptsächliche Bedeutung im Rechtsleben durch die atypischen Sicherungsmittel erlangt, sind sie doch notwendiges Korrelat zu jenen.[5]

Die mit der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung dem Sicherungsnehmer verliehene überschießende Rechtsmacht korrigiert die Praxis mit der Ermächtigung.[6] Nur so können die modernen Formen der Kreditsicherung, die Offenlegung der Verhältnisse scheuen[7], wirksam funktionieren, wenn der Sicherungsgeber weiterhin im eigenen Namen veräußern und einziehen kann. Nur so bleibt das „Geheimhaltungsinteresse"[8] des Schuldners gewahrt.

Die Schöpfung der Rechtspraxis entgegen der Pfandrechtsordnung des BGB[9] mußte sich weiterhelfen, notfalls unter Verzicht auf Systemtreue. Hat die Praxis mit der Ermächtigung ebenfalls systematische Erwägungen zurückgesetzt?

---

5 Vergl. etwa *Flume*, in seiner Anmerkung zu BGHZ 32, 337 f. in JZ 60, 638. Die Einziehungsermächtigung sei für die Rechtsfigur des verlängerten Eigentumsvorbehalts institutionell und nicht abdingbar.

6 Vergl. *Wolff-Raiser*, § 180 II 1, S. 739

7 Vergl. *Wolff-Raiser* § 179 I, S. 732

8 Formulierung von *Baur*, Sachenrecht § 56, I 1, S. 518

II. Abschnitt

# GRUNDLAGEN DER ERMÄCHTIGUNGSLEHRE

## § 4:

### *Formen und Begriff der Ermächtigung*

Im einzelnen unterscheidet man folgende Arten[10]:

1. *Die Verfügungsermächtigung:*
   A. soll den X. ermächtigen können, über einen Gegenstand des A. im eigenen Namen zu verfügen. Die Verfügung soll dem A. und jedem Dritten gegenüber wirksam sein.
2. *Die Verpflichtungsermächtigung:*
   X. soll, falls A. ihn dazu ermächtigt hat, im eigenen Namen den A. einem Dritten gegenüber verpflichten können[11], in der Weise, daß dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht gegen A. zusteht.
3. *Die Einziehungsermächtigung*
   A. soll den X. ermächtigen können, eine dem A. zustehende Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Das Forderungsrecht soll dem A. verbleiben und X. soll ein eigenes Recht erhalten, die Leistung vom Schuldner zu verlangen.
4. *Die Prozeßführungsermächtigung:*
   A. soll den X. ermächtigen können, im eigenen Namen über ein Recht des A. zu prozessieren, insbesondere eine Forderung einzuklagen. Das ergehende Urteil soll Rechtskraft gegenüber dem A. wirken. Darunter rechnet man auch die Ermächtigung, einen Grundbuchberichtungsanspruch im eigenen Namen geltend zu machen.
5. Die Ermächtigung zur Ausübung des (insbesondere aktienrechtlichen) Stimmrechts in einer Gesellschafterversammlung, die *sog. Legitimations*übertragung.
   Die Ermächtigungen zu Nr. 3–5 werden auch unter der Bezeichnung Ermächtigung zur Verwirklichung oder Ausübung eines fremden Rechts zusammengefaßt.[12]
6. *Die Erwerbsermächtigung:*
   X. soll, versehen mit einer Ermächtigung des A., für diesen im eigenen Namen handelnd, ein Recht erwerben können[13].

---

9 *Baur*, Sachenrecht, § 56, I, Seite 519

10 Der Stand der Meinungen soll hier unerörtert bleiben.

11 Zu den Einschränkungen dieser Ansicht vergl. unten S. 54

12 Einziehungs- und Prozeßführungsermächtigung fassen neben anderen zusammen: *Enneccerus*, Allg. Teil, 12. Bearbeit. § 175, S. 475 / *Enneccerus-Nipperdey*, § 204 I 3 a, S. 1234 / *Enneccerus-Lehmann*, § 79 Anm. 28, S. 322 / vergl. auch *Siebert* a. a. O., S. 262; *Hoche*, Zivilprozeß, S. 167 Anm. 181; *Böckel*, HdRW II, S. 335 („Verwirklichungsermächtigung"); *Palandt-Danckelmann*, § 398 Anm. 7.

13 Die Erwerbsermächtigung soll in der Arbeit nicht behandelt werden; die herrschende

Dem Begriff der Ermächtigung kommt an dieser Stelle der Arbeit nur terminologische Bedeutung zu, denn er kann nur Ergebnis, nicht Vorgegebenes sein.[14]

Im BGB findet sich kein Titel über die Ermächtigung, ein Begriff ist nirgends festgelegt[15]. Zwar gebraucht das Gesetz an mehreren Stellen das Wort „Ermächtigung", jedoch in recht verschiedenem Sinne[16]. Erkenntnisse für die hier interessierenden Fälle lassen sich daraus nicht ableiten.

Wohl im Anschluß an *Ludewig*[17] versteht man unter Ermächtigung die Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken[18].

Die wohl herrschende Meinung sieht den Begriff der Ermächtigung für entbehrlich an[19], man komme überall „mit der unmittelbaren oder analogen Anwendung des Rechts der Einwilligung" aus[20].

In der 12. und in früheren Berarbeitungen seines Allgemeinen Teils wollte *Enneccerus* unter dem gemeinsamen Namen Ermächtigung in einem weiteren Sinne die Willenserklärungen zusammenfassen, „welche die Befugnis erteilen, durch Rechtsgeschäft irgendwie auf die Verhältnisse, insbesondere auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken"[21], also für Vollmacht und Ermächtigung im engeren Sinne einen Oberbegriff bilden [22], [23]. Doch empfahl er dann selbst, den Ausdruck Ermächtigung auf die Fälle zu beschränken, wo jemand durch ein im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft auf das Vermögen des Ermächtigenden einwirkt.

---

Meinung lehnt sie eindeutig ab.
Vergl. *Lehmann*, Allg. Teil § 36 IV 2 c, S. 294 / *Siebert* a. a. O., S. 259, 260, 299 / *E. Cohn*, Rechtsgeschäftliches Handeln, S. 151 / Selbst *Ludewig* a. a. O., S. 75.
Für diese Form haben sich ausgesprochen: *v. Tuhr*, II 2 § 84 III, S. 350 — vergl. noch *v. Tuhr* II 1 § 60, S. 396, 397 / *Manigk*, HdRW III S. 312 / *v. Spreckelsen* a. a. O., S. 43 / *Dölle* a. a. O., S. 276.

14 Vergl. *Fritz von Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 3: „Es besteht immer noch das geheime Vorurteil, daß der Begriff eines Instituts auch sein Wesen erschließe, und daß es insoweit ratsam sei, im Eingang einer rechtstheoretischen Arbeit sich zunächst einmal des Begriffes des Untersuchungsgegenstandes zu versichern."

15 Vergl. *Enneccerus* Allg. Teil, 12. Bearbeitung, § 175, S. 475 / *Ludewig* a. a. O., S. 2 und 27 / *Böckel* HdRW II, S. 335 II 3 / *v. Brunn* a. a. O., S. 31 / *Behre*, Dissertation, S. 54f.

16 Vergl. die Zusammenstellung bei *Krückmann*, in Festschrift für das Reichsgericht III, S. 79 und bei *Ludewig* a. a. O., S. 27 f.

17 A. a. O., S. 4 und mehrfach.

18 Der Sprachgebrauch darf heute als einheitlich bezeichnet werden. Vergl. En-N. § 204 Anmerkg. 6, S. 1233 / *Staudinger-Coing*, Vorbemerkung 63 vor § 164 / *Soergel-Siebert*, Bem. 31 vor § 164 und § 185 Anm. 21 / *Köhler* a. a. O., S. 5 / *Böckel* HdRW II, S. 335 II 2.

19 *En-N.* § 204 Anm. 6, S. 1233 / *Lehmann* Allg. Teil § 37 VI 4, S. 317 / *En-L.* § 79 Anm. 26 S. 321 / vergl. noch *Siebert* a. a. O., S. 235 Anm. 4; *Oertmann* § 185 Anm. 3; *Soergel-Siebert* (Schultze v. Lasaulx) § 185 Anm. 21

20 *Lehmann*, Allg. Teil § 37 VI 4, S. 317 und die in Anmerkung 19 Zitierten.

21 12. Bearbeitung § 175 I, S. 474

22 In diesem Sinne noch *En-L.* § 203 I 2 a, S. 828

23 *En-N.* § 204 Anm. 6, S. 1233 meinen dazu: „Die Erkenntnis der Unterschiede von Vollmacht und Einwilligung darf in der Tat den Blick nicht dafür trüben, daß sie — wie auch die positive Regelung beweist — viele gemeinsame Züge haben."

Es wird sich empfehlen, die Untersuchung auf gesichertem Boden zu beginnen, nämlich bei § 185 BGB, und erst dann von Ermächtigung zu reden, wenn erwiesen werden kann, daß es ein Prinzip gibt, das über § 185 BGB hinausgreift. Die eingebürgerten Ausdrücke Verfügungs-, Verpflichtungs- und Einziehungsermächtigung dienen als Fachausdrücke der vereinfachten Darstellung.

## § 5:

### *Das Wesen der Zustimmung im BGB*

„Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt" (§ 185 Abs. 1 BGB). – „Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt" (§ 185 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz).

Unter Verfügungsermächtigung versteht man nur die Einwilligung, dogmatisch sind aber Einwilligung und Genehmigung gleich zu behandeln. Für das hier interessierende Problem ist der Unterschied zwischen vorheriger Zustimmung (§ 183 Satz 1 BGB) und nachträglicher Zustimmung (§ 184 I BGB) ohne Belang.

Die Lehre von der Ermächtigung[24] hätte wohl schwerlich den heutigen Umfang erreicht, wenn man § 185 BGB von Anfang an schärfer von der rechtsgeschäftlichen Vertretung abgegrenzt hätte[25].

Schon die Motive[26] verweisen auf die nahe Verwandtschaft von Einwilligung und Vollmachterteilung.

*Zitelmann*[27] geht noch weiter: „Die Vollmacht ist nur ein Einzelfall der Einwilligung".

So wurde dann die Fremdwirkung zum gemeinsamen Merkmal erhoben[28] und der Gegensatz der Einwilligung zur Stellvertretung darin erblickt, daß dort ein Handeln im eigenen, hier in fremdem Namen vorliege[29].

---

24 Insbes. bezügl. der Verpflichtungsermächtigung.

25 Noch heute hält *Lehmann* in *En.-L.* § 79 IV II den Hinweis für angebracht, die Einziehungsermächtigung sei nicht wie (vergl. *En.-L.* § 79 Anm. 28) manche meinten, Stellvertretung.
Vgl. auch *Staudinger-Werner,* § 398 II 3 b, S. 800. Zum Verhältnis Inkassozesion — Vollmacht, neuerdings OLG Hamburg (9. 10. 56), NJW 57, 914 f. Vgl. auch RGZ 53, 408 f. (411)

26 Zu § 127, S. 246 (Motive I)

27 Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches 1889, II, S. 86

28 *Ludewig a. a. O.*, S. 68 und oben S. 4 der Arbeit

29 *Ludewig* a. a. O. S. 54 f. / *Enn-L.* § 79 IV 2, S. 321 / *Köhler,* a. a. O., S. 23 / *Krückmann,* AcP 103, 284 / *Soergel-Siebert,* Vorbemerkung 31 vor § 164: „aber doch begründet sie (die Ermächtigung) keine Stellvertretung, da der Ermächtigte im eigenen Namen handelt — es fehlt Offenheitsprinzip."
Vergl. weiter RGZ 53, 274 f. / RGZ 105, 289 f. (291): „Um den Unterschied von Vollmacht und Einwilligung zu kennzeichenen, spricht man jetzt von offener und stiller Stellvertretung". / Vergl. noch RGZ 118, 332.

Fremdwirkung hat zwar das Handeln des Einwilligungsempfängers – wie das des Vertreters – aber beide Male ist es eine verschiedene Fremdwirkung[30]. Die unterschiedliche Form des Handelns ist – wie noch zu zeigen ist — nur eine Folge eines tiefer liegenden systematischen Grundes.

So rückt auch die Deutung *Ludewigs*, mit der er § 185 I BGB erklärt, bedenklich in die Nähe der rechtsgeschäftlichen Vertretung: „Der Ermächtigte erhält die Rechtsmacht, im eigenen Namen über Gegenstände des Ermächtigenden zu verfügen und so auf dessen Rechtskreis einzuwirken[31]."

Noch deutlicher meinen *Erman–Böhle–Stamschräder*[32]: „Das Gesetz ist bestrebt, den von den Parteien durch ihre Willenserklärungen gewollten, sittlich gerechtfertigten Erfolg nach Möglichkeit herbeizuführen. Aus diesem Grund verzichtet es bei Verfügungen (anders bei Verpflichtungsgeschäften) in gewissem Umfange auf das Offenheitsprinzip, indem es davon ausgeht, daß dem Erwerber eines Gegenstandes nur an dem dinglichen Erwerb gelegen ist."

Das Offenheitsprinzip soll es auch nach der herrschenden Lehre sein, das einer Ausdehnung des Rechtsgedanken aus § 185 I BGB auf andere Fälle, insbesondere auf Verpflichtungen entgegenstehen soll[33]. Damit überträgt man Wesensfremdes auf die Einwilligung.

In neuester Zeit hat *Müller-Freienfels* wieder Vollmacht und Einwilligung unter einem Oberbegriff vereint. Er bestimmt die Vertretungsmacht als „sekundäre Zuständigkeit"[34]. Er kommt dann nurmehr zu einem quantitativen, nicht qualitativen Unterschied: „Bekannt ist, daß bei der Ermächtigung immer nur die Macht erteilt wird, ein einzelnes Recht des Prinzipals auszuüben, während bei der Verfügungsvollmacht nicht nur die Zuständigkeit für ein einzelnes Recht, sondern weitergehend für den ganzen Geschäftsabschluß in bezug auf die Rechtssphäre des Prinzipals eingeräumt wird."[35]

Die Einwilligung hat aber mit der Vollmacht nur die Gemeinsamkeit, daß der Handelnde Rechtswirkungen gegenüber dem Hintermann erzeugen kann, der Inhalt beider Befugnisse ist verschieden.

30 Das übersieht z. B. *Lent* ZZP, 62, 188: „Liegt also erkennbar der Wille zur Fremdwirkung vor, so ist Vertretung gegeben." Auch *Raape, Iher J.* 71, 101. Vergl. i. S. des Textes *Fr. Leonhard Iherings J* 86, S. 2: „denn es gibt auch andere Geschäfte, die gleichfalls Fremdwirkung haben und doch keine Vertretung enthalten." Zu diesen Fällen zählt er § 185 BGB.

31 A. a. O., S. 77; vergl. auch a. a. O., S. 4

32 § 185 Anm. 1

33 *En.-N.* § 204 I 3 b, Seite 1236 / *Staudinger-Coing*, Bem. 63 a vor § 164 / *Soergel-Siebert* § 185 Anm. 25.
Vergl. auch *Ludewig* a. a. O., S. 73: „Der Geschäftsgegner braucht aber entsprechend dem das Stellvertretungsrecht beherrschenden Offenkundigkeitsprinzip den Ermächtigenden nur dann als Verpflichteten gelten zu lassen, wenn die Verpflichtungsermächtigung allgemein offenkundig ist oder dem Gegner besonders offengelegt ist, . . ."

34 a. a. O., S. 83 f.

35 a. a. O., S. 100. Ähnlich schon *Oertmann*, § 182 Anm. 1.
Zustimmend wohl *Staudinger-Coing*, Bem. 63 a vor § 164 und RGRK *(Kuhn)*, Bem. 24 vor § 164.

Zunächst fällt auf, daß die rechtsgeschäftliche Vertretung in dem 5. Titel des 3. Abschnittes des Allgemeinen Teils eine eingehende und besondere Regelung erfahren hat, während die Einwilligung nach § 185 I BGB in einer systematisch völlig verschiedenen Umgebung[36] geregelt ist.

Sodann ist für das BGB die Trennung des kausalen Verpflichtungsgeschäfts vom abstrakten Erfüllungsgeschäft charakteristisch. Gründe der Rechtstechnik spalten einen einheitlichen Lebensvorgang in zwei verschiedene Abschnitte.

Für den einen Fall, der in aller Regel im zeitlichen Ablauf den Schlußpunkt bildet, steht das Instrument der Verfügungsermächtigung zu Gebote, somit ein Handeln im eigenen Namen, nicht aber für das vorgehende Kausalgeschäft[37].

Sollte § 185 I BGB der Vollmacht entsprechen, nur unter Verzicht auf das Offenheitsprinzip[38], so müßte Verfügungs- ohne Verpflichtungsermächtigung eine Halbheit bleiben[39].

Man vergegenwärtige sich einmal die normale Situation: Jemand schließt einen obligatorischen Vertrag. Dazu kann er sich nach herrschender Lehre nur eines Stellvertreters bedienen, nicht eines im eigenen Namen handelnden Gehilfen. Der Vertragsgegner erwartet Erfüllung von seinem Partner. Welchen Sinn soll es haben, wenn plötzlich eine dritte Person im eigenen Namen auftritt und die eingegangene Verpflichtung erfüllen will?[40]
Sinnvoll könnte sich § 185 I BGB nur dort einfügen, wo der Verfügungsermächtigte schon den obligatorischen Vertrag im eigenen Namen geschlossen, eine Rechtsverschaffung an einem ihm fremden Gegenstand versprochen hat. Es ist kaum glaubhaft, daß der Gesetzgeber gerade diesen Situationen zuliebe ein Mittel zur „Vervielfältigung des Ichs“[41] ersonnen haben soll, das – wie erwähnt – eine Halbheit bleiben muß.

Entscheidende Erkenntnis vermittelt die Systematik des BGB, denn es gebraucht den Begriff der Zustimmung in einem einheitlichen Sinne. Die Zustimmung bezieht sich immer nur auf ein Eigengeschäft[42] des Handelnden[43], wie insbesondere die §§ 107, 108, 111, 185, 415, 684, 876, 880, 1128, 1245, 1255, 1365, 1366, 1369, 1411, 1423, 1424, 1425, 1431, 1438, 1453,

---

36 Vergl. *Staudinger-Coing*, § 185 Anm. 2: „Die gemeinsame Kategorie der in § 185 BGB behandelten Fälle ist nicht die Zustimmung, sondern die Konvaleszens“.

37 Eine § 185 Abs. 1 entsprechende Bestimmung fehlt; die herrschende Lehre lehnt die entsprechende Anwendung ab; vergl. darüber unten Seite 45 f.

38 Vergl. oben S. 6

39 Ähnlich hat auch *von Tuhr*, II 2 § 84 III, S. 349 empfunden, daß § 185 I BGB nicht isoliert betrachtet werden sollte, wenn er zur Begründung seiner Erwerbsermächtigung darlegt, wenn das Gesetz zwei Arten der Verfügung über fremde Rechte kenne, sei es auffallend und schwer erklärlich, wenn es nicht auch zwei Arten des Mobiliarerwerbs für einen anderen geben sollte.

40 Vergl. *Rümelin*, AcP 93, 183.

41 So *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 27 für die rechtsgeschäftliche Vertretung

42 Eingehender unten S. 11
Vergl. *Kohler*, Lehrbuch I, S. 437 Anm. 3: „Zustimmung zu dem Eigenhandeln eines Dritten“ / *Staudinger-Coing* § 182 Anm. 3 / *Soergel-Siebert* § 182 Anm. 1

43 Mißverständlich *v. Brunn* a. a. O., S. 32

1456, 1460, 1487, 1516, 1517, 1726, 1746, 2120, 2206[44], 2275 BGB ergeben.

Auch für die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts und etwa des Beistandes nach § 1687 BGB gilt nichts anderes.

Damit ist nichts Neues gesagt. Wohl aber klärt diese Feststellung, daß der Zustimmungsempfänger ein Eigengeschäft, der Bevollmächtigte ein Fremdgeschäft tätigt. Weil es für ersteren ein eigenes Geschäft ist, handelt er auch im eigenen Namen.

Das Handeln im eigenen Namen folgt notwendig aus der Natur des Eigengeschäfts. Hinter dem Gegensatz Handeln im eigenen und Handeln im fremden Namen steht der dogmatisch wesentliche Unterschied Eigengeschäft – Fremdgeschäft. Nicht darin liegt das entscheidende Kriterium beim Einwilligungsempfänger, daß er im eigenen Namen handelt, sondern daß er ein eigenes Geschäft tätigt[45].

Löst man die Aussage Handeln im eigenen – Handeln im fremden Namen auf und führt sie auf ihre Ursache zurück, so kann man schwerlich auf den Gedanken kommen, der Einwilligungsempfänger unterscheide sich vom Bevollmächtigten nur in der Form seines Handelns.

Es ist immerhin denkbar, dem Handeln eines im eigenen Namen Auftretenden Vertretungswirkung beizulegen[46], wenn man unter bestimmten Voraussetzungen auf das Offenheitsprinzip verzichten kann, das jedoch grundsätzlich nach dem Wortlaut des § 164 BGB und dem Wesen der Vertretung gewahrt sein muß.

Das Eigengeschäft schließt dagegen die Vertretung eindeutig aus.

Die Zustimmung beseitigt ein Wirkungshindernis. Das ohne die Zustimmung unwirksame Geschäft macht diese wirksam, das Geschäft bleibt aber ein solches des Zustimmungsempfängers.

## § 6:

### *Zustimmung im Sinne § 185 BGB im Vergleich zur Vollmacht*

Der Vergleich soll das Wesen der Einwilligung nach § 185 BGB schärfer herausarbeiten.

---

44 Der Testamentsvollstrecker handelt nicht als Vertreter des Erben.
Vergl. *Kipp-Coing*, Erbrecht, § 66 III, S. 280.

45 Weil *Lent* (ZZP 62, S. 129 f.) den Unterschied wohl nicht genügend würdigte, bestimmte er die Vertretung nach diesen formalen Voraussetzungen. A. a. O., S. 190: „Wenn die Verwalter die Sachen als fremde bezeichnen, was sie ebensogut können, dann handeln sie als Vertreter." Dazu *Bettermann*, JZ 51, S. 323, rechte Spalte: „*Lent* wiederholt also die Verwechslung, der die gesamte Vertretertheorie zum Opfer gefallen ist; die Verwechslung von Stellvertretung und Fremdwirkung."
Vergl. noch oben S. 6 Anm. 30.

46 Wie es die Lehre vom Geschäft für denjenigen, den es angeht, auch tut.
Vergl. *En.-N.* § 179 III, 3 c, S. 1101 und III 4, S. 1102 und *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 21—22.
Das Erfordernis des alieno nomine agere bestimmt das Wesen der Vertretung noch nicht hinreichend.

In den Motiven finden sich zwei Sätze, die die Rechtslehre stark beeinflußt haben: „Die vorherige Einwilligung ist der Vollmachterteilung nahe verwandt"; „auch sonst aber handelt es sich bei der Einwilligung der Regel nach um eine der Vollmachterteilung ähnliche Erweiterung einer fremden Machtvollkommenheit"[47].

Insoweit beide die Fähigkeit verleihen, auf eine fremde Rechtssphäre einzuwirken, kann man die Verwandtschaft nicht leugnen[48], doch sollte man darüber einen bedeutenden Unterschied nicht übersehen.

Wohl im Anschluß an die Motive behauptet die Rechtslehre eine enge Verwandtschaft[49], ja Gleichartigkeit[50] beider Institute.

---

47 Zu § 127 des Entwurfs, S. 246 (I). Vergl. oben S. 5.

48 Vergl. die Definitionen oben Seite 4 und 5.

49 *En.-N.* § 184 II, S. 1129: „Die Vollmachterteilung ist der Einwilligung nahe verwandt." und § 204 I 2, S. 1232.
*Staudinger-Coing,* Bem. 63 a vor § 164: „denn beide ermöglichen es, daß jemand durch rechtsgeschäftliches Handeln unmittelbar auf den Rechtskreis eines anderen einwirkt". Diese Ansicht deckt sich mit der hier vertretenen. *Staudinger-Coing* gehen dann aber weiter und führen unter Hinweis auf *Müller-Freienfels* aus: „so gesehen besteht zwischen beiden Erscheinungen nur ein Unterschied des Grades".
Vergl. weiter: *Eichler,* Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 76 / *Heinemann,* Die Formen der Rechtsausübung, *Iher J.* 81; 373, 377, 379 und in Gruchot 70, S. 505, Aus der Rechtsprechung: RGZ 53, 275 / 78, 87 / 105, 296 / 118, 330.

50 Vor allem *Zitelmann,* Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches II 1889, S. 86: „Die Vollmacht ist nur ein Einzelfall der Einwilligung".
*Zimmermann,* stellvertretende negotiorum gestio, 1876, S. 161, bezeichnet die Bevollmächtigung als „vorausgehende Zustimmungserklärung".
Mit Nachdruck ist auch *Rosenberg,* Stellvertretung im Prozeß, S. 127, 128, 134, 559, 566 und noch mehrfach dafür eingetreten, die Vollmacht sei Zustimmung. A. a. O., S. 127: „Die Vollmacht des Geschäftsherrn ist eine Zustimmungserklärung, und zwar zu der von dem Vertreter erzeugten Rechtswirkung".
A. a. O., S. 128, Anm. 1 benennt er weitere Schriftsteller, die, wie er, die Vollmacht als Zustimmung werten, führt dann aber aus: „aber man ist weit davon entfernt, hierin die Konstruktion des Vollmachtverhältnisses zu sehen". *Rosenberg* will die Konsequenzen dahin gezogen wissen, daß die Vollmacht dann keine Macht des Vertreters sein könne (S. 117, 124), denn sie bewirke „nicht die Anknüpfung einer subjektiven Beziehung, weder zu dem Bevollmächtigten, noch zu dem dritten Geschäftsgegner". (S. 127)
Auch *Raape,* AcP 121; 260, 267, gebraucht die Begriffe synonym — für ihn ist die vorgängige Zustimmung Vollmacht —, obwohl er für die Einwilligung nach § 185 BGB andere Voraussetzungen fordert, wie für die Vollmachterteilung.
Vergl. weiter *H. Siber,* Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im BGB, *Iherings J.* 67, 140: „Die sogenannte nachträgliche Vollmacht heißt im Gesetz Genehmigung (§ 177 BGB); danach ist die vorherige Vollmacht eine Einwilligung und jede Vollmacht eine Zustimmung, nämlich einfach eine solche zu Rechtsgeschäften im fremden Namen." *Planck-Strohal,* 4 A. § 167, 1 e; *Ludewig* a. a. O., S. 36: „Ebenso wie die Vollmacht ist auch die Ermächtigung eine Art der Einwilligung." Allerdings hat *Ludewig* selbst noch einige Zweifel, wenn er für die Ermächtigung die Erteilung einer Macht annimmt, zugleich aber von der Ansicht *Rosenbergs,* der für die Vollmacht das Vorliegen einer Rechtsmacht verneint, sagt, sie verdiene erhebliche Beachtung.
*Lehmann,* Allg. Teil, § 36 V 1, S. 300: „Die Vollmacht ist ein Unterfall der Einwilligung."
*Müller-Freienfels,* a. a. O., S. 100
Abweichend von den oben Genannten nimmt *Isay,* Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 187, 217, an, der Begriff der Einwilligung sei der Bevollmächtigung subordiniert.

Ich maße mir nicht an, in der Streitfrage, wie die „Macht" des Bevollmächtigten zu qualifizieren ist[51], als Rechtsmacht, Macht, subjektives Recht, Rechtslage, Willensmacht oder Fähigkeit[52], eine begründete Aussage zu machen. Deshalb muß ich auch darauf verzichten, sie in dieser Richtung mit der Einwilligung zu vergleichen. Die Antwort könnte wiederum nur etwas über den Grad der Verwandtschaft bezeugen, den Unterschied nach dem Inhalt , auf den es hier allein ankommt, aber nicht beseitigen.

Der Unterschied nach dem Inhalt aber ist erheblich.

Der Stellvertreter ersetzt den Vollmachtgeber beim Abschluß des Geschäfts, er steht anstelle eines anderen[53], Stellvertretung ersetzt den Selbstabschluß[54]. Der Bevollmächtigte verlegt das Geschäft ganz in die Sphäre des Prinzipals, er schließt es als Geschäft eines Dritten[55] und bleibt selbst von den Rechtswirkungen grundsätzlich unberührt[56].

Das so geschlossene Geschäft ist allein ein solches des Prinzipals; er allein ist Geschäftspartei, ihm wird es zugerechnet, er ist selbstverantwortliches Zurechnungssubjekt[57], es wirkt – wie das Gesetz in § 164 BGB formuliert – unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

Das Handeln des Vertreters wird so angesehen, als ob der Vertretene selbst gehandelt hätte.[58]

Obwohl also der Vertreter das Rechtsgeschäft vornimmt, ist der Vertretene voll und allein Zurechnungssubjekt. Der Vertreter tätigt ein Fremdgeschäft[59].

Das Geschäft hat Fremdwirkung; Fremdwirkung erzeugt aber auch das Handeln des Einwilligungsempfängers und der Vertrag zugunsten Dritter[60].

Die Fremdwirkung bestimmt die Vertretung noch nicht eindeutig[61].

---

51 Motive I, zu § 119, S. 228: „Die Vollmacht ist ein eigenartiges Rechtsinstitut".

52 Vergl. die Nachweise bei *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 83, 86.
*Müller-Freienfels* qualifiziert sie als „sekundäre Zuständigkeit" vergl. oben Seite 6.

53 Motive I, S. 228 / *F. Leonhard, Iher. J.* 86, S. 7 / *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 83.

54 *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 54.

55 *Oertmann,* Vorbem. 2 c vor § 164, S. 596

56 *Bettermann,* JZ 51, 323 rechte Spalte / *Dölle* a. a. O., S. 270. Wo das Gesetz Wirkungen an die Person des Vertreters knüpft, geschieht es aus Gründen des Verkehrsschutzes.

57 *Dölle* a. a. O., S. 270 / *Staudinger-Coing,* Bem. 63 a vor § 164

58 *Müller-Freienfels,* a. a. O., S. 67: „Der Bevollmächtigte ist im Rahmen seiner Vertretungsmacht ‚zuständig' für den Vertretenen mit dem gleichen Erfolg, wie es dieser für sich selbst als rechts- und handlungsfähige Person ist".
*Zimmermann,* stellvertretende negotiorum gestio, S. 87: Vollmacht ist die rechtliche Fähigkeit, „durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts auf Namen eines anderen dieselben juristischen Wirkungen hervorzubringen, wie wenn dieser andere das Rechtsgeschäft selbst vorgenommen hätte."
Vergl. auch Motive I, S. 225.

59 *Dölle* a. a. O., S. 270: Der Vertreter „setzt lediglich den Tatbestand, während die Rechtsfolgen allein den Vertretenen treffen, und zwar gerade in dem Sinne, daß allein der Vertretene das verantwortliche Zurechnungssubjekt, der eigentliche Träger des rechtsgeschäftlichen Aktes ist."

60 *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 25

61 So aber *Lent,* vergl. oben S. 6 Anm. 30 und oben S. 8 Anm. 45
Vergl. noch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 23—26.
So trifft die Charakterisierung der Vollmacht durch Raape, (AcP 121, 260) ebenso für

Scharf abgesetzt erscheint dagegen das Handeln des Einwilligungsempfängers[62].

Er selbst ist Geschäftspartei, „selbstverantwortliches Zurechnungssubjekt“[63]. Er steht gerade nicht anstelle eines anderen, „er steht vielmehr für sich“[64]. Das Gesamtgeschäft, in dessen Rahmen die Verfügung erfolgt, wirkt für und gegen ihn, „ihm kommen die Vorteile zugute, ihn treffen die Nachteile“[65].

Der Einwilligende wird nicht Geschäftspartei, nur einzelne Rechtsfolgen hinsichtlich des betroffenen Rechts treten ihm gegenüber ein[65].

Es empfiehlt sich m. E., um eine kurze Bezeichnung zu finden, hier von einem Eigengeschäft[66] im Gegensatz zum Fremdgeschäft des Vertreters zu sprechen.

Streng genommen kann es daher ein Offenheitsprinzip für die Zustimmung überhaupt nicht geben, weil der Zustimmende nicht Geschäftspartei wird[67]. Das Gesetz kann im Falle des § 185 I BGB gar nicht auf das Offenheitsprinzip verzichten[68], denn dieses ist ohnehin gewahrt, weil der Einwilligungsempfänger auch Geschäftspartner wird.

Anders liegt dagegen die Frage[69], ob der Vertreter unter bestimmten Voraussetzungen darauf verzichten kann, seine Vertretereigenschaft zu offenbaren und dennoch das Geschäft für und gegen den Vertretenen wirken kann, dieser gleichwohl Zurechnungssubjekt wird.

Dann aber – und darin ist der entscheidende Unterschied zu erblicken – müßten wiederum alle Geschäftswirkungen bei dem Vertretenen eintreten[70].

Die beiden Prinzipien lassen sich auf zwei Fragen zurückführen:

---

die Einwilligung nach § 185 BGB zu: „Indem D. dem Akt des V. zustimmt, nimmt er die Wirkungen desselben auf sich, öffnet er ihnen das Tor seines Vermögens, eignet er sich diese Wirkung an, macht er den fremden Akt für sich verbindlich und maßgebend. Die Zustimmung des D. ermöglicht dem Akt des V. die von diesem gewollte Wirkung für oder gegen D., sie ermöglicht, kurz gesagt, eine Fremdwirkung.“
Dasselbe dürfte für die Erklärung der Vertretungsmacht als sekundäre Zuständigkeit bei *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 83 gelten.

62 Das verkennt *Köhler* a. a. O., S. 23 mit seinen Ausführungen gegen *Bettermann* in JZ 51, S. 321 f.

63 *Dölle* a. a. O., S. 270 / *Staudinger-Coing*, Bem. 63 a vor § 164

64 *F. Leonhard, Iher. J.* 86, S. 7 / *Staud-Coing*, Bem. 63 a vor § 164

65 *Dölle* a. a. O., S. 270 / *Staud-Coing*, Bem. 63 a vor § 164.

66 Eigengeschäft ist nicht der Einwirkung auf den eigenen Rechtskreis gleichzusetzen, eben weil das Geschäft des Einwilligungsempfängers Fremdwirkung haben kann. Die häufig gebrauchten Ausdrücke „Rechtskreis“, „Rechtssphäre“, dürften den Bereich meinen, wo sich das Geschäft den Rechtsfolgen nach ganz oder auch nur teilweise (wie bei § 185 I BGB) auswirkt.

67 Zum Offenheitsprinzip bei der Verpflichtungsermächtigung vergl. unten Seite [143 f.] Vergl. auch *En-N.* § 204 I 3, S. 1233, 1234.

68 So aber *Erman - Böhle - Stamschräder* 185 Anm. 1. Vergl. auch oben Seite 6.

69 Vergl. oben S. 8 Anm. 46.

70 *Staud-Coing*, Vorbem. 45 vor § 164; vergl. auch *von Tuhr* II 2 § 84, S. 375.
Das übersieht *Krückmann*, Festschrift für das Reichsgericht III, S. 92, wenn er den Ausdruck „mittelbare Stellvertretung“ durch Ermächtigung ersetzen will.

1. Wann ist ein eigenes Geschäft wirksam?
2. Wann ist ein Geschäft, obwohl von A. vorgenommen, als Geschäft des B. anzusehen oder mit *Bettermann*[71] „gehört das Geschäft dem eigenen Rechtskreis des Handelnden oder desjenigen, den er vertritt, an, seiner Privatsphäre oder der seines Herrn"?

Die Einwilligung beseitigt ein Wirkungshindernis[72] des Eigengeschäfts, sie ist erforderlich, damit dieses „überhaupt eine Wirkung hervorruft"[73], nicht anders, wie wenn der Verfügende erst nachträglich den Verfügungsgegenstand erwirbt. Auch der nachträgliche Erwerb beseitigt ein Wirkungshindernis. So hat auch das Gesetz in § 185 BGB mit gutem Grund diese Fälle zusammen geregelt.

Wer eine Einwilligung zu einer Verfügung erhalten hat, kann nicht wie der Bevollmächtigte den Einwilligenden ersetzen, er kann nur für sich handeln.

Daher ist es bedenklich, ihn für befugt zu halten[74], je nach Belieben als Vertreter oder als eigenes Zurechnungssubjekt aufzutreten. Dem Einwilligenden kann gerade daran gelegen sein, nicht selbst Geschäftspartei zu werden. Freilich kann seine Erklärung beides beinhalten, dafür müssen aber besondere Anhaltspunkte vorliegen[75].

Hat sich so gezeigt, daß Vollmacht und Einwilligung nach Inhalt und Wirkung verschieden sind, so kann nichts anderes für die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) und die nachträgliche Vollmachtserteilung (Genehmigung) gelten.

Die Einwilligung erlaubt es dem Empfänger nicht, den Einwilligenden zur Geschäftspartei zu machen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§§ 177 I, 185 II 1 BGB) soll aber „Genehmigung" sowohl die nachfolgende Erteilung der Vertretungsmacht, wie die nachfolgende Zustimmung bedeuten. In § 177 I BGB bezieht sich die Genehmigung, abweichend von sonstiger Gepflogenheit[76], nicht auf ein Eigengeschäft im Sinne der hier gebrauchten Terminologie, sondern auf ein Fremdgeschäft.

Rosenberg[77] beruft denn auch § 177 I BGB zum Zeugen, daß Vollmacht Zustimmung sei: „Das zeigt sich schon darin, daß die nachträglich erteilte Zustimmung denselben Namen und dieselbe Wirkung hat, wie die nachträgliche Vollmacht."

Man sollte jedoch der wohl nicht ganz scharfen Ausdrucksweise des Gesetzes hier keine besondere Bedeutung beilegen und insbesondere noch be-

---

71 Vom stellvertr. Handeln, Diss., Gießen, S. 86.
72 *Oertmann*, § 185 Anm. 13
73 *Zeth*, Diss., S. 19. Vergl. auch *Krückmann*, Festschrift für das Reichsgericht III, S. 82.
74 *Lent*, ZZP 62, 190. Vergl. auch *Rümelin*, AcP. 93. 186: „questio facti"; *v. Tuhr* II 1 § 60 III, S. 376.
75 Vergl. RGZ 53, 274 f. (276)
76 Vergl. oben S. 7, 8.
77 A. a. O., S. 128 mit weiteren Angaben in Anmerkung 1, S. 128; vergl. noch S. 132. Vergl. auch *H. Siber, Iher. J.* 67, 140

denken, daß in § 177 BGB von der Wirksamkeit „für und gegen den Vertretenen" die Rede ist, während §§ 182 und 185 BGB nur von der Wirksamkeit an sich sprechen.

Überwiegend faßt man auch die Genehmigung im Sinne des § 177 BGB als nachträglicher Erteilung der Vertretungsmacht auf[78].

Ich fasse das Ergebnis zusammen: In den §§ 164 und 185 BGB sind zwei verschiedene Prinzipien niedergelegt[79]. Sie entsprechen dem Gegensatz Fremdgeschäft – Eigengeschäft. Die Einwilligung hat mit der Vollmacht, bzw. die Zustimmung mit der rechtsgeschäftlich verliehenen Vertretungsmacht nur die Gemeinsamkeit, daß mit beiden die Befugnis erteilt wird, auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken.

Die Unterscheidung hat auch im Rahmen des § 185 BGB praktische Folgen: Wo das Gesetz an die Vornahme einer Verfügung weitere Rechtswirkungen (vergl. §§ 185, 816 BGB) knüpft, ist zu unterscheiden: Hat der Verfügende als Vertreter gehandelt und war der Vertretene nicht berechtigt, so ist der Vertretene dem Berechtigten zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Hat der Verfügende[80] mit Einwilligung gehandelt und war der Einwilligende nicht Berechtigter, so muß der Verfügende – also der Einwilligungsempfänger – das Erlangte herausgeben.

Hat ein Nichteigentümer den X. bevollmächtigt, über eine Sache zu verfügen, und nimmt X. die Verfügung vor, so ist sie ein Geschäft des Vollmachtgebers, obschon unwirksam. Stimmt nun der wahre Eigentümer zu, so ist diese Zustimmung dem Vollmachtgeber zu erklären und nicht dem Bevollmächtigten[81].

Anders wiederum, wenn X, mit Einwilligung eines Nichtberechtigten verfügt. Dann kann der Eigentümer wirksam dem X. seine Zustimmung erklären[82].

Allgemein kann man sagen:

Es kann „Konvaleszenz der Verfügung des V. (Vertreters) nur aus Gründen eintreten, die in der Person des Vollmachtgebers wirken, nicht aus solchen, die in der Person des Vertreters liegen"[83], während beim Eigengeschäft nach § 185 BGB die Konvaleszenz aus Gründen eintreten kann, die in der Person des Handelnden wirken.

---

78 *Manigk*, Anwendungsgebiet, S. 350 / Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, S. 113 / *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 598 / *M. Wolff*, Bau auf fremdem Boden, S. 77, Note 9 / *Kohler*, Lehrbuch I, S. 437 Anm. 3 / *Staud-Coing*, § 185 Anm. 4, §§ 177 / 178, Anm. 4 und 10; § 166 Anm. 14

79 Entgegen *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 101

80 Die Terminologie zum BGB betrachtet auch eine unwirksame Verfügung, obwohl sie keinen unmittelbaren Rechtsverlust bewirkt, als Verfügung. Vergl. *En-N.* § 144 I 3, Seite 886.

81 Ebenso grundsätzlich Raape, AcP 121, S. 271.
Man kann nicht annehmen, X. habe den wirklichen Eigentümer vertreten wollen. Vergl. BGH v. 16. 4. 57 = LM Nr. 10 zu § 164.

82 Er kann sie auch dem Nichtberechtigten, der eingewilligt hat, erklären.

83 *Raape*, AcP 121, S. 271

## § 7:

### *Die systematische Stellung des § 185 BGB*

Eine Zustimmung setzt nach den bisherigen Überlegungen ein Eigengeschäft eines Dritten voraus, das zugleich in den Rechtskreis des Zustimmenden eingreift und zur Wirksamkeit der Zustimmung bedarf.

Theoretisch könnte das Gesetz solchen Geschäften, die sich in der Rechtssphäre eines anderen auswirken, die Wirksamkeit versagen. Es könnte nur die Rechtsgeschäfte als wirksam anerkennen, die sich allein innerhalb der eigenen Zuständigkeit des Handelnden auswirken. Solche Rechtsordnung würde aber den Lebensbedürfnissen nicht gerecht. Je höher eine Rechtsordnung entwickelt ist, um so mehr Teilzuständigkeiten kennt sie[84]. Sie muß daher im Bereich der Verfügung bei einem der mehreren an dem Gegenstand berechtigten Rechtssubjekte die Verfügungsmöglichkeit begründen und sich zugleich damit begnügen, die Rechte des oder der anderen dadurch zu schützen, daß sie deren Zustimmung verlangt. Diese brauchen dann beim Verfügungsgeschäft selbst nicht mitzuwirken.

Das positive Recht hält dafür zahlreiche Beispiele bereit. Um nur einige herauszugreifen, seien die §§876, 880 und 1255 BGB genannt, denn sie stehen nach der systematischen Bedeutung dem § 185 BGB besonders nahe.

Hier ist der Verfügende, der der Zustimmung bedarf, an sich zur Verfügung berechtigt, weil er Träger des Rechts ist, über das verfügt werden soll.

Nur die Berechtigung Dritter an dem Verfügungsgegenstand hindert ihn an der Verfügung. Es ist deshalb sachgerecht, wenn das BGB auf die Mitwirkung[85] dieser Dritten beim Verfügungsgeschäft selbst verzichtet und sich mit ihrer Zustimmung begnügt.

Die Verfügungsbefugnis hat der Verfügende aufgrund seiner Rechtsträgerschaft, die Zustimmung beseitigt nur ein Wirkungshindernis.

Überraschend erscheint dagegen die Regel des § 185 I und 185 II 1 BGB[86]. Das Gesetz braucht hier nicht einer Kollision, die aus der Berechtigung mehrerer entsteht, Rechnung zu tragen.

Viel wahrscheinlicher hätte man erwartet, daß die Verfügung des Nichtberechtigten, soweit nicht die Regeln über den gutgläubigen Erwerb eingreifen, unwirksam sein soll. In den angeführten und anderen Bestimmungen ist der Verfügende an sich verfügungsberechtigt, nur aus – untereinander zum Teil recht verschiedenen Gründen – beschränkt. Die Zustimmung hebt die Beschränkung auf.

Im Gegensatz dazu ist nach § 185 BGB der Verfügende nicht verfü-

---

84 Vergl. *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 96, 97.

85 d. h. beim Geschäft selbst, denn natürlich ist auch die Zustimmung eine Form des Mitwirkens.

86 Sie war dem Recht vor dem BGB fremd. Vergl. *R. Leonhard*, Allgem. Teil, S. 342. Sie ersetzte die §§ 309, 830, 876 I des Entwurfs und gestaltete diese zu einem allgemeinen, auf alle Verfügungen anwendbaren Prinzip aus.

gungsberechtigt, er ist Nichtberechtigter; die Zustimmung beseitigt nicht nur eine Beschränkung. Aber auch hier, obwohl die Zustimmung ihrem Umfang nach über die eben erwähnten Fälle hinausgeht, behält sie die beschriebene Funktion. Sie beseitigt ebenfalls nur ein Wirkungshindernis und verleiht nicht etwa dem Zustimmungsempfänger eine Verfügungsberechtigung, wie sie z. B. der das Gesamtgut verwaltende Ehegatte nach § 1422 BGB, der Testamentvollstrecker nach § 2205 BGB oder der Konkursverwalter nach § 6 KO haben[87].

Dafür spricht eindeutig der Wortlaut: Der Verfügende bleibt Nichtberechtigter, auch wenn der Berechtigte eingewilligt hat[88].

Daß er vermöge der Einwilligung (Zustimmung) nicht Träger des Rechts wird, ist selbstverständlich, denn die Rechtsträgerschaft kann nur in den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Formen wechseln[89].

Um das klar zu stellen, hätte es m. E. der ausdrücklichen Erwähnung

---

87 *A. A. Baur,* JZ 58, 246 f. (Anm. zu der Entscheidung des BGH v. 26. 11. 57 = JZ 58, 245).
Beim Einziehungsermächtigten im Sinne des § 185 BGB beruhe die Befugnis zur Geltendmachung des Rechts auf Rechtsgeschäft, bei den Amtswaltern (Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw.) auf Gesetz (und wie beim Testamentvollstrecker auf Rechtsgeschäft). In ihrem Verhältnis zum Rechtsträger stünden die Amtswalter aber grundsätzlich den Einziehungsermächtigten gleich.
*Auch Schönfeld* JZ 59, 142, nimmt an, die Zustimmung verleihe eine Verfügungsberechtigung. Er verweist auf *Erman - Böhle - Stamschräder* § 185 Anm. 9. Zwar wollen sie den Begriff „Berechtigter" in weitem Sinne verstanden wissen und rechnen darunter den gesetzlichen Vertreter und solche Personen, denen eine Verfügungsgewalt kraft eigenen Rechts zukommt. Beispielhaft erwähnen sie die Zwangsverwalter und den Testamentvollstrecker. Vom Zustimmungsempfänger ist jedoch unmittelbar nicht die Rede.
Weiter ist Metzger (JZ 61, 336) zu nennen. Er führt zu § 816 BGB aus, wenn der Berechtigte eingewilligt habe, so liege die Verfügung eines Nichtberechtigten gar nicht vor. Dies hat nach Metzger offenbar auch für § 185 1 BGB zu gelten, da er eingangs sagt, der Begriff „Nichtberechtigter" in den §§ 816 I und 185 BGB sei derselbe.

88 *Soergel-Baur,* § 878, Bem. 9 / *Esser, Schuldrecht,* § 196, 2 b, bb, S. 811 / *Köhler* a. a. O., S. 15 / *Schönfeld* JZ 59, 142 / BGH v. 9. 2. 1960 = JZ 61, 24 f. = NJW 60, 860 f.
Wohl auch *Raiser* in seiner Anmerkung zu der zitierten Entscheidung des BGH (JZ 61, 26), wenn er ausführt: „aber es bleibt dabei, daß der Verfügende unbefugt in die Rechtsstellung des Eigentümers eingegriffen und sein Recht verletzt hat". Zwar beziehen sich die Äußerungen des Bundesgerichtshofs und *Raisers* auf die Genehmigung nach § 185 II 1 BGB, doch macht das keinen Unterschied, da die Genehmigung zurückwirkt. Die Wirkung von Einwilligung und Genehmigung für die Wirksamkeit der Verfügung ist dieselbe. Vereinzelt wird das bestritten. (Vergl. Endemann, Lehrbuch I § 83 Anm. 6 und auch Metzger, JZ 61, 366). M. E. zu Unrecht.
Die Anschauung mag deutlicher werden, wenn man die Außenwirkung, d. h. die Frage nach der Wirksamkeit der Verfügung, von ihr allein handelt § 185 BGB (vergl. *Oertmann* § 182, 1 b), von der weiteren Wirkung unterscheidet, die darin bestehen kann aber nicht muß, daß der Zustimmende die Verfügung des Nichtberechtigten nicht als Eingriff in sein Recht ansehen möchte (vergl. BGH JZ 61, 24 f. und *Raiser,* JZ 61, 26). Vergl. ähnlich *Zitelmann,* AcP 99, 101, 102.

89 Eine solche Form ersetzt § 185 BGB nicht. Vergl. *Raape* AcP 121, 277 / *Siebert* a. a. O., S. 246 / *Krückmann,* Festschrift für das Reichsgericht III, S. 86 und AcP 103, 280, 281 / *von Brunn* a. a. O., S. 60 / *Köhler* a. a. O., S. 14 / *Westermann,* Sachenrecht, § 3 III Seite 20. Vergl. aber *Schöninger* AcP 96, 186 und *Krückmann,* AcP 103, 281 f. d. unwiderrufl. Ermächtigung.

nicht bedurft. Berechtigter ist zudem i. S. von §185 nicht nur der Rechtsinhaber[90]. Auch sonst wird der Ausdruck „Berechtigter" nicht auf den Rechtsinhaber beschränkt[91].

Viel eher darf man annehmen, es solle, um Mißverständnisse zu vermeiden, dargetan werden, daß die Zustimmung kein Recht für den Empfänger verleihe, die Verfügung vorzunehmen. Er soll gerade nicht „verfügungsberechtigter Nichtberechtigter"[92] sein. Anerkennt man grundsätzlich, daß die Zustimmung ganz allgemein nur ein Wirkungshindernis beseitigt, so wird man diese Auffassung im Wortlaut des §185 BGB bestätigt finden, und feststellen können, daß der Gesetzgeber das Wort „Nichtberechtigter" mit Bedacht gewählt hat.

Beachtenswert erscheinen mir in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Reichsgerichts in RGZ 117, 69 f (72): „Diese Vorschrift (§ 185 BGB) bezieht sich zwar unmittelbar nur auf das Handeln eines Nichtberechtigten, trotzdem wird darin im Schrifttum (so *Enneccerus* Band I § 175, *Ludewig*, Die Ermächtigung, 1922) eine „Verfügungsermächtigung" oder „eine Überlassung der Rechtsausübung" erblickt, ein Zeichen, daß auf allen Gebieten des Rechts die Entwicklung dazu drängt, die Möglichkeit einer Übertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte anzuerkennen."

Fragt man sich weiter, welchen Interessen § 185 BGB zu dienen bestimmt ist, nachdem die Zustimmung hier nicht rechtstechnisches Mittel zur Lösung einer Kollision ist, die aus der Berechtigung Mehrer an[93] dem Gegenstand erwächst, so muß die Antwort lauten: § 185 BGB zielt in erster Linie darauf ab, den Geschäftsgegner des Verfügenden zu schützen[94].

Die Fälle des § 185 II (2. und 3. Fall) treffen sich daher nicht zufällig mit dem § 185 Abs. 1 in einer Norm.

---

90 Vergl. *Schönfeld* JZ 59, 142 / BGM, LM Nr. 9 zu § 185 = NJW 59, 34.

91 Vergl. das Urteil des BGH v. 26. 11. 57 = JZ 58, 245 und die Anmerkung von *Baur*, JZ 58, 246: „auch der Berechtigte i. S. § 209 BGB ist nicht dem Rechtsträger gleichzusetzen".

92 So aber *En.-N.* § 204 I 3, S. 1234.
Das Gesagte wird sich besonders bei der Einziehungsermächtigung auswirken.

93 Unter Berechtigung an dem Gegenstand soll hier nicht nur ein beschränktes dingliches Recht verstanden sein.

94 *Schöninger* AcP 96, 187: „der deutliche Sinn des Gesetzes in den §§ 185 und 409 ist der, den Schuldner zu schützen".
*Soergel-Siebert*, § 185, Bem. 1: „damit will der Gesetzgeber in erweitertem Umfange dem Dritten, der durch die Verfügung des Nichtberechtigten berührt wird, die durch die Verfügung geschaffene Lage insofern bewahren, als er diese in eine wirksame Rechtslage überführt".
Vergl. weiter *Ludewig* a. a. O., S. 30 / *Löbl*, AcP 129, 279 / *Erman - Böhle - Stamschräder* § 185 Anm. 1 / *Behre*, Diss., S. 64 / *Hillebrand*, Diss., S. 24.
Die Bezogenheit auf den Dritten hat jüngst der BGH (Entscheidung vom 9. 2. 1960 = JZ 61, 24 f.) sehr deutlich herausgestellt: „Es wird nur die Verfügung hinsichtlich ihrer Wirkung zu dem Dritten so angesehen, als ob sie vom Berechtigten getroffen und von Anfang an wirksam gewesen wäre." Der Entscheidung lag eine Genehmigung zugrunde; Vergl. oben Anm. 88.

*Staudinger-Coing*[95] meinen, soweit es die beiden eben erwähnten Formen anlange, sei die Vorschrift eine lex fugitativa, da sie mit Einwilligung und Genehmigung nichts zu tun habe, die gemeinsame Kategorie der Fälle des § 185 BGB sei die Konvaleszenz. Auch Soergel-Siebert[96] erblicken das gemeinsame Element in der Konvaleszenz.

Konvaleszenz ist nur das nachträgliche Vollwirksamwerden eines anfangs mangelhaften Geschäfts[97]. Die Verfügung des Nichtberechtigten i. S. § 185 I BGB ist aber wirksam von Anfang an, kann somit nicht mehr konvaleszieren. Der Gedanke des § 185 BGB muß deshalb über die Konvaleszenz hinausgreifen.

Eine Analyse ergibt:

In allen Fällen des § 185 BGB hat ein Nichtberechtigter verfügt. Sein Partner könnte, abgesehen von einem gutgläubigen Erwerb, keine Rechte erwerben. Für diese Situationen bestimmt das BGB einheitlich: wenn zu der Verfügung des Nichtberechtigten weitere Umstände hinzutreten, soll die Verfügung wirksam sein, der Geschäftspartner soll die Rechte erwerben können.

Welche Gründe nun bewegen das Gesetz, den Dritten zu schützen?

Grundsätzlich schützt es einen Dritten nicht, ohne dagegen die Interessen des Berechtigten, der dadurch einen Rechtsverlust erleidet, abzuwägen. Der Berechtigte muß in irgendeiner Form dazu beigetragen haben, dem Dritten eine schutzwürdige Position zu verschaffen. Unter dem Gesichtspunkt eines veranlaßten Rechtsscheins[98] finden die Gestaltungen des § 185 BGB keinen gemeinsamen Nenner. Offensichtlich entsteht solcher nicht bei Erlaß und Abtretung einer Forderung, die ein Nichtberechtigter mit Einwilligung des Berechtigten vornimmt und in allen Fällen, wo eine äußere Rechtsstellung nicht Voraussetzung einer wirksamen Verfügung ist[99].

Das ist gegen *E. Cohn*[100] zu sagen, der die Bedeutung des § 185 BGB darin sehen will, daß die Verfügungsermächtigung Recht und Rechtsschein in Einklang bringen wolle. Das ist das Anliegen derjenigen Normen, die einen gutgläubigen Erwerb zulassen, kann aber niemals das übergeordnete Prinzip des § 185 BGB sein.

M. E. stehen alle Fälle des § 185 BGB unter dem Verbot des venire contra factum proprium. Dieses rechtfertigt es, den Verfügungsempfänger auf Kosten des Berechtigten zu schützen.

---

95 § 185 Anm. 2. Vergl. noch Motive II, S. 85.

96 § 185 Anm. 1. Ebenso *Köhler* a. a. O., S. 15. Er beruft sich auf die Vorarbeiten zum BGB und führt dann aus: „Die *Kommission* (zweite) sah danach in § 185 BGB nur einen allgemeinen Grundsatz für das Wirksamwerden an sich unwirksamer rechtsgeschäftlicher Verfügungen".

97 *En.-N.* § 204 V, S. 1244.

98 Vergl. die Ausführungen bei *Westermann*, Sachenrecht, in den §§ 45 und 85 zum Veranlassungsprinzip beim gutgläubigen Erwerb.

99 Bekanntlich gibt es auch im Fahrnisrecht einen Rechtsübergang, ohne daß eine Besitzübergabe stattfindet, wenn im Falle des § 931 BGB der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist.

100 Das rechtsgeschäftliche Handeln . . ., S. 151

Wollte der Berechtigte noch das Recht für sich in Anspruch nehmen, nachdem er zuvor einem anderen die Einwilligung erteilt hat, darüber zu verfügen; nachdem er dessen Verfügung genehmigt hat; nachdem er zunächst selbst verfügt hat, ohne Verfügungsmacht zu besitzen und sie nachträglich erwirbt – also der Zustand eintritt, der für den Normalfall schon im Zeitpunkt der Verfügung hätte bestehen sollen –; er würde sich allemal mit seinem vorherigen eigenen Verhalten grob in Widerspruch setzen[101].

Endlich entspricht auch der letzte Fall diesem Motiv, indem er das Verhalten des Erblassers dem Erben, der unbeschränkt für dessen Verbindlichkeiten haftet, zurechnet.

Mir will scheinen, in § 185 BGB wird der Gedanke, niemand soll ein Recht im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ausüben dürfen[102], den die Rechtsprechung in so vielfältiger Weise verwendet[103], als tragendes Prinzip sichtbar.

Diese Erwägungen zeigen, daß die von *Baur* (JZ 52, 328 f.)[104] vorgeschlagene entsprechende Anwendung des § 185 BGB auf die befugte Geschäftsführung ohne Auftrag aus dem Rechtsgedanken des § 185 BGB abgeleitet werden kann, sofern der Geschäftsführer im eigenen Namen über einen Gegenstand des Geschäftsherrn verfügt.

Die eigenartige Stellung des § 185 Abs. 1 ist nun soweit geklärt, daß seine Bedeutung für die Ermächtigungslehre abgesteckt werden kann.

Der Einwilligungsempfänger erlangt kein Verfügungsrecht, so wenig wie derjenige, der aufgrund äußeren Rechtscheines bei gutem Glauben seines Partners wirksam verfügen kann. Darüber täuscht aber der Ausdruck „Verfügungsermächtigung" hinweg.

Die Einwilligung regelt nach der hier versuchten Lösung nicht in erster Linie das Rechtsverhältnis zwischen Rechtsträger und Einwilligungsemp-

---

101 Im Grunde empfindet das auch *Ludewig*, wenn er a. a. O., S. 5 ausführt: „alle diese, aufgrund der dem Ermächtigten eingeräumten Machtstellung in den Grenzen der Rechtsordnung vorgenommenen Rechtsakte (Verfügungen, Verpflichtungen usw.) muß der Ermächtigende in bezug auf seinen Rechtskreis gegen sich gelten lassen; er ist an sie gebunden, und zwar eben aufgrund seines hierauf gerichteten in der Ermächtigung geäußerten Willens".
Wie soll sich aber daraus ein Verfügungsrecht des Ermächtigten begründen lassen?

102 Vergl. *Erwin Riezler*, venire contra factum proprium, S. 123; Bettermann, JZ 51, 322, zu Anm. 14.
Der Formulierung *Raapes* in AcP 121, 273, könnte man einen ähnlichen Gedanken entnehmen. Er kennzeichnet die Zustimmung nach § 185 BGB so: „Die Rechtsordnung verweigert demgemäß der Verfügung die Sanktion. Der Grund für diese Sanktionsverweigerung fällt jedoch auch hier wieder fort, wenn D (der Berechtigte) der Einwirkung zustimmt".

103 Vergleiche aus neuester Zeit die Entscheidung des BGH in NJW 61, 665 f., in der der BGH die Voraussetzungen und Wirkungen des „Handelns auf eigene Gefahr" neu bestimmt. Dort führt er aus, in § 242 BGB sei der Grundsatz über die Folgen widersprüchlichen Verhaltens verankert, in § 254 BGB werde er für das Schadensrecht näher ausgeprägt.

104 Gegen *Baur* allerdings der BGH (LM Nr. 2 zu § 683 BGB; BGHZ 17, 188), *Larenz*, Schuldrecht II § 53 I b, S. 225, *Esser*, S. 762 (Schuldrecht).

fänger[105], die Einwilligung bedeutet nicht einfach, wie *Rosenberg*[106] meint, das Nichtverbotensein. Sie bezieht sich entscheidend auf das Außenverhältnis zum Dritten[107].

Sie wird zwar regelmäßig zugleich im Verhältnis zum Berechtigten die Widerrechtlichkeit ausschließen, doch ist dies ihre eigentliche Aufgabe nicht[108].

*Ludewig* hat eindringlich die Außenbeziehung herausgestellt[109]: „Nimmt man in den Begriff der Ermächtigung nur das Moment der Erlaubtheit auf, so ist seine selbständige systematische Brauchbarkeit gering."

„Erst seine Bestimmung nach der Seite der Außenbeziehung macht die Ermächtigung systematisch und praktisch brauchbar[110]."

Die Möglichkeit des Einwilligungsempfängers zur Verfügung ist – genau genommen – nur eine mittelbare Folge aus dem Schutzzweck des § 185 BGB[111].

Weil der Berechtigte, hat er einmal seine Einwilligung gegeben, sich nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten berufen kann[112], erlangt dieser eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit[113], denn er kann unmittelbar ein Recht übertragen, belasten, in seinem Inhalt verändern oder aufheben, und damit dieselben Rechtswirkungen erzielen, wie wenn er zur Verfügung berechtigt gewesen wäre[114].

Nur in diesem Sinne erscheint es angebracht, von einer Verfügungsermächtigung zu sprechen.

Die Position ist ihm zwar nach dem Sinn des Gesetzes nicht – wie bei der Vollmacht – im Interesse des Vertretenen oder des Vertreters verliehen, sondern ausschließlich im Interesse des Kontrahenten. Der Zweck aber läßt seine Verfügungsmöglichkeit unberührt.

Im Ergebnis läßt sich mit *Köhler*[115] die Bedeutung der Einwilligung dahin umschreiben: „im Verhältnis zu Dritten gibt sie dem Einwilligungsempfänger nur die rechtliche Möglichkeit, über einen Gegenstand rechts-

---

105 So aber *Schöninger* AcP 96, 187: „denn der § 185 BGB will nach seiner Entstehungsgeschichte und nach seinem ganzen Zusammenhang im System des BGB nur die Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Nichtberechtigten regeln, keineswegs aber dem letzteren gegen dritte Personen mehr Rechte verleihen, als er sonst hätte."
Vergl. *Löbl*, AcP 129, 279, 281; *Siber*, Schuldrecht, S. 120, und die bei *Ludewig* S. 25 Genannten.

106 Stellvertretung im Prozeß, S. 124 Anm. 1, wobei jedoch zu beachten ist, daß sich der Ermächtigungsbegriff *Rosenbergs* nicht auf § 185 BGB beschränkt.

107 So auch *Oertmann*, § 182, 1 b: „Die Einwilligung nach § 182 hat es nur mit dem Außen-, nicht mit dem Innenverhältnis zu tun."

108 Vergl. oben Anm. 88

109 A. a. O., S. 3 und 26

110 A. a. O., S. 3

111 Anderer Ansicht *Löbl* a. a. O., S. 281.

112 *Löbl* a. a. O., S. 281: „ . . . gegen sich gelten lassen."

113 *v. Brunn*, a. a. O., S. 87, 88: „Ein Recht wird entweder durch eine Abtretung übertragen oder nicht übertragen, aber niemals nur im Verhältnis zwischen den Parteien des Verfügungsgeschäfts übertragen."
Vergl. noch *von Brunn*, S. 32, 33 Anm. 5.

114 Vergl. *Löbl* a. a. O., S. 281

115 A. a. O., S. 15

wirksam zu verfügen", so wie es der nach den §§ 407, 409, 932 und 892 Legitimierte kann.

Der Gedanke, in erster Linie wirke die Einwilligung zugunsten des Dritten, sie begründe aber zugleich und notwendigerweise eine Verfügungsmöglichkeit des Nichtberechtigten, erklärt m. E. auch den Satz in den Motiven[116]: „Wenn jemand einwilligt, daß ein anderer über sein, des Einwilligenden Gut, im eigenen Namen rechtlich verfügt, so liegt hierin zugleich die Ermächtigung zu solcher Verfügung."

Ursprünglich mag der § 185 Abs. I BGB für die Fälle gedacht gewesen sein, in denen der Verfügende seine Nichtberechtigung nicht erkennen läßt, also als Berechtigter auftritt. Die oben beschriebene Wirkung der Einwilligung gestattet ihm aber auch, den Gegenstand, über den er verfügt, als fremden zu bezeichnen.

Auch hier ist die Verfügung wirksam. Sein Partner wird sich regelmäßig mit ihm einlassen, da ihm daraus kein Nachteil erwächst.
Wo mit der Verfügung des Nichtberechtigten der Geschäftspartner zugleich eine Leistung zu erbringen hat (Einziehungsermächtigung)[117], wird er aber unter Umständen ein erhebliches Interesse daran haben, sich nicht mit ihm einzulassen. Er kann und darf sich weigern, weil er über § 185 BGB nicht zur Leistung an den Nichtberechtigten verpflichtet wird[118].

## Anhang zu § 7:

### *Die Stellung des Einwilligungsempfängers*

Man hat sich viel Mühe gegeben, die Stellung des Ermächtigten (Einwilligungsempfängers) zu umschreiben. Soll man seine Fähigkeit als tatsächliche Möglichkeit[119], als Befugnis[120], als rechtliche Möglichkeit[121], als Macht[122] oder gar als Recht[123] qualifizieren?

116 II, S. 138 (§§ 309, 310)

117 Zur Frage, ob die Einziehung einer Forderung Verfügung ist, vergl. unten S. 58 f.

118 Das nimmt selbst *Ludewig* a. a. O., S. 30 an: „Die §§ 185, 362 II besagen nur, daß der Schuldner an den zur Einziehung Ermächtigten zahlen kann, daß er zahlen muß, folgt daraus nicht." Daraus ergibt sich in Verbindung mit seiner auf S. 18 Anm. 101 zitierten Äußerung, daß auch *Ludewig* den § 185 BGB im wesentlichen nicht anders auslegt, wie es hier geschehen ist.

119 Obwohl *Siebert* a. a. O., S. 235, 254, eine Macht des Einwilligungsempfängers annimmt, beschreibt er Seite 254 die Gestaltung als „Möglichkeit, über fremdes Recht zu verfügen", (a. a. O., S. 235: „rechtliche Möglichkeit"), fährt dann aber fort: „sie schafft ihm also eine Ausübungs-, eine Verfügungsmacht".

120 *Krückmann*, AcP 103, 279 / von Tuhr, I § 7, S. 166, Anm. 22

121 *Krückmann*, Festschrift für das Reichsgericht III, S. 84 und AcP 108, 321 f. / *Siebert* a. a. O., S. 235

122 *Raape*, AcP 121, 275 / *Jacobi*, in Ehrenbergs Handbuch IV 1, S. 186 (für die Einziehungsermächtigung) / *Ludewig* a. a. O., S. 26 mit weiteren Angaben und mehrfach / *Siebert* a. a. O., S. 235, 254 / *von Brunn* a. a. O., S. 61 / *Nipperdey* in Festschrift für Nikisch, S. 323 / *Köhler* a. a. O., S. 15

123 *Ludewig* a. a. O., insbesondere S. 35, 36 und 56 / *Heinemann*, Iher. J. 81, 374 / *Von Tuhr* II 2 § 78, S. 229, bezeichnet die „Machtbefugnisse" als besondere Kategorie der subjektiven Rechte: Machtbefugnisse verleihe auch die Einwilligung.
Vergl. noch *Hirsch* a. a. O., S. 178; *Raape*, AcP 121, 275

Wenn man die Literatur überblickt, so fällt auf, daß manche Ausdrücke synonym gebraucht werden, und man erinnert sich der Worte von *Tuhrs*[124], die Systematik und Terminologie der Machtbefugnisse lasse viel zu wünschen übrig. Doch dürfte der nicht einheitliche Sprachgebrauch unschädlich sein.

Bedeutung könnte nur die Qualifikation als subjektives Recht haben, denn daraus müßte man wohl praktische Folgerungen ziehen. Nach der vorangegangenen Untersuchung kann die Einwilligung dem Empfänger kein subjektives Recht verleihen, wie *Ludewig*[125] und *Siebert*[126] meinen. Für das subjektive Recht ist charakteristisch, daß jemandem ein Dürfen oder Können im Hinblick auf sein besonderes Rechtsschutzinteresse als fest zugeeignete Macht verliehen wird[127]. Gerade hier erhält aber der Einwilligungsempfänger ein Dürfen oder Können im Interesse eines Dritten[128], nicht seines eigenen Rechtsschutzinteresses wegen.

Von anderer Seite her leugnet *Krückmann*[129] den Rechtscharakter der Ermächtigung (Einwilligung). Dem „Recht" fehle das „bescheidenste Existenzminimum von Standfestigkeit", denn es sei grundsätzlich zu beliebiger Entziehbarkeit verurteilt[130].

Ob man schließlich die Stellung des Einwilligungsempfängers mit einer tatsächlichen Möglichkeit, einer rechtlichen Möglichkeit, einer Befugnis oder mit einer Macht umschreibt, hat untergeordnete Bedeutung, sofern man sich bewußt bleibt, daß er nicht zum Verfügungsberechtigten wird. Er kann verfügen, weil der Berechtigte die Wirksamkeit seiner Verfügung nicht hindern kann. Er hat keine andere Stellung, wie derjenige, der durch den Besitz einer fremden Sache bei gutem Glauben des Erwerbers wirksam verfügen kann. Mir will scheinen, wenn man von einer tatsächlichen Möglichkeit spricht, ist alles gesagt, was man zu wissen braucht. Doch widerspricht auch eine „Macht" der natürlichen Anschauung nicht, denn Macht ist etwas rein Tatsächliches und hat mit Recht und Berechtigung nichts zu tun[131].

Und diese tatsächliche Macht hat der Einwilligungsempfänger, denn er kann unmittelbar ein Recht übertragen, belasten, in seinem Inhalt verändern oder aufheben.

---

124 I, § 7, S. 165

125 Vergl. oben Anm. 123. Zwar liegt *Ludewigs* Ansicht der Gedanke der Überlassung zur Rechtsausübung zugrunde, mit dem er alle Arten der Ermächtigung einheitlich begründen zu können glaubt, doch sieht er in § 185 BGB dafür nur einen Anwendungsfall.

126 Vergl. oben Anm. 122

127 So *En.-N.* § 72 I 2

128 Anders natürlich nach der Ermächtigungslehre, für welche die Einwilligung dem Empfänger ein Verfügungsrecht verleiht.

129 Festschrift f. d. Reichsgericht III, S. 83 f.

130 Vergl. zur Schwäche der Position auch *Ludewig* a. a. O., S. 5 und 35 f. und Allgemeine Rechtsgrundsätze, S. 81 f.
*Köhler* a. a. O., S. 15 meint, die Einwilligung gäbe dem Ermächtigten kein subjektives Recht, wie schon der Wortlaut zeige.

131 Dagegen ausdrücklich *Ludewig* a. a. O., S. 3: „Macht bedeutet hier nicht etwa nur die bloße faktische Möglichkeit zu einem Handeln, sondern ein rechtliches Können, ein Vermögen zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem bestimmten Erfolg".

Beim Nichtberechtigten, der kraft Rechtsscheins und guten Glaubens des Erwerbers wirksam verfügen kann, spricht die wohl herrschende Lehre von einer Verfügungsmacht[132]. Aber auch das ist nicht unbestritten. Von *Tuhr*[133] möchte dem Verfügenden nur dann eine Rechtsmacht zugestehen, wenn er als Berechtigter verfügt. Er kennzeichnet die Rechtsstellung desjenigen, der durch unrichtige Eintragung im Grundbuch oder durch den Besitz einer fremden Mobilie bei gutem Glauben des Erwerbers wirksam verfügen kann, „als tatsächliche Möglichkeit".

*Hellwig*[134] nimmt in diesen Fällen Verfügungsmacht an, die er dann der Verfügungsbefugnis des Berechtigten gegenüberstellt.

*Regelsberger*[135] lehnt den Begriff der Macht in diesem Bereich ab und fragt, was das für eine Macht sei, die vor dem bösen Glauben des Erwerbers zerschmölze wie die Butter an der Sonne.

*Rosenberg*[136] meint, dann besäße man die Macht, über das Vermögen eines jeden zu verfügen, sofern man nur mit einem Gutgläubigen kontrahiere. Dies sei zwar nicht unrichtig, müsse aber lehren, welche Bedeutung dem Begriff „Macht" zukomme.

In neuerer Zeit schenkt man dem mehr oder minder müßigen Streit nicht mehr viel Beachtung. *Enneccerus-Nipperdy*[137] führen nur mehr aus, man dürfe nicht folgern, daß dem Scheinberechtigten ein wirkliches Recht, etwa ein Verfügungsrecht, zustehe. „Nicht um eines solchen Rechts willen, sondern obgleich ein solches nicht besteht, werde der Gegner geschützt[138]."

Auf die Verwandtschaft des § 185 I BGB zu anderen Schutzbestimmungen wurde schon hingewiesen[139] (vergl. §§ 407, 409, 892, 932 und andere).

Rechtsscheins- und Einwilligungsprinzip können sich überschneiden. Treffen beide zusammen, so wird man annehmen können, daß es auf eine Zustimmung nicht mehr ankommt[140], wenn jemand vom Nichtberechtigten bereits kraft guten Glaubens erworben hat.

Denn jene Normen schützen den gutgläubigen Erwerber umfassender, indem sie einen wirksamen Erwerb auch dann gewährleisten, wenn der Berechtigte nicht zugestimmt hat. Nimmt man dagegen an, der Einwilligungsempfänger sei Verfügungsberechtigter[141], so kann es auf den guten Glauben des Erwerbers nicht mehr ankommen, da insoweit der Dritte vom Berechtigten erworben hat.

---

132 Vergl. *von Brunn* a. a. O., S. 61 und die Zitate bei *von Tuhr* II, 1, § 60 Anm. 90
133 II 1 § 60, S. 379.
134 Lehrbuch § 39 Anm. 19, § 128 Anm. 8 und Rechtskraft § 13, S. 96, 97
135 *Iher.* J. 47, S. 363
136 Stellvertr. im Prozeß, S. 122 Anm. 9
137 § 80 II 2, S. 470
138 Vergl. noch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 178
139 Vergl. oben S. 16 und Anm. 94.
140 *Schöninger* AcP 96, 184 / *Palandt-Danckelmann* § 185 Anm. 1 / *Erman - Böhle - Stamschräder* § 185 Anm. 4
141 Vergl. Anm. 87

## § 8:

### *Die Überlassung zur Rechtsausübung*

*Die Lehre von Hirsch und Ludewig*

*Ludewig*[142] hat versucht, über § 185 I BGB hinausgreifend, den Ermächtigungsgedanken umfassend zu begründen. Seine Ansicht hat im Schrifttum zunehmend Anklang gefunden[143].

Er sieht den § 185 Abs. 1 als Einzelausgestaltung eines allgemeinen Prinzips[144]; da dieses nicht auf Verfügungen beschränkt sei, ergäbe sich die Möglichkeit, ganz allgemein einer Person die Macht zu verleihen, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken[145].

*Ludewig* kombiniert zwei Rechtsgrundsätze, die beide – nach seiner Meinung – unserer Rechtsordnung zugrunde liegen sollen:

A) Alle Rechte sind grundsätzlich der Ausübung nach überlaßbar[146].

B) Es gibt ein besonderes, eigenständiges Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen[147], welches als das jemandem zustehende Recht, auf sein eigenes (oder auf ein fremdes) Vermögen einzuwirken, zu begreifen ist.

Beide Überlegungen finden sich schon bei *Hirsch*[148] im Jahre 1910. Dessen Gedankenführung ist daher ausführlicher darzustellen.

*Hirsch* setzt beim subjektiven Recht an: „Das Recht ist eine von der Rechtsordnung einer Person zugeteilte Machtstellung, kraft derer sich eine Person in bestimmter Weise verhalten darf"[149]. Diese Rechtsmacht verleihe nun die Rechtsordnung ohne Rücksicht darauf, ob das Rechtssubjekt fähig

---

142 A. a. O., insbesondere S. 31 f.

143 *Siebert* a. a. O., S. 235, 236 / *Staudinger-Coing* § 185 Anm. 5 / *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 86 / *En.-N.* § 148 II 1, S. 922 / *Lehmann* Allg. Teil § 15 II 2 b, S. 104 / *Nipperdey* in Festschrift für *Nikisch*, S. 323 (zwar spricht *Nipperdey* von der „Überlassung der Legitimation", er meint aber, wie seine folgenden Ausführungen dartun, die mit materiellrechtlichen Wirkungen ausgestattete Überlassung zur Ausübung i. S. *Ludewigs)* / vergl. schon von *Tuhr* § 45, S. 70: „Wer als Vertreter oder nach § 185 eine Sache veräußert, übt aufgrund seiner Machtbefugnis das Verfügungsrecht und damit das Eigentum des Vertretenen bzw. Einwilligenden aus".
Vergl. auch RGZ 117, 69 f. (72); RGZ 133, 234 f. (241). Dagegen, scheint mir, kann man aus der Entscheidung RGZ 118, 330 f. (332) nur mit Vorsicht Belege entnehmen (so aber *Staudinger-Coing* § 185 Bem. 5).

144 A. a. O., S. 31 f, ebenso *Siebert* a. a. O., S. 235; *Warneyer*, Kom. I, § 185 III.

145 A. a. O., S. 6, 31 f.

146 A. a. O., S. 31 f.
Dabei versteht er den Begriff der Rechtsausübung in einem weiten Sinne: „jedes auf tatsächliche Verwirklichung des Rechts gerichtete Verhalten, nicht nur das erfolgreiche Gebrauchmachen." (a. a. O., S. 32). — *A. A. Hellwig*, Lehrbuch III, S. 281 — Er kann deshalb auch die Ermächtigung zur außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts, namentlich eines Anspruchs, mit der Möglichkeit der Überlassung der Rechtsausübung begründen.

147 A. a. O., S. 36

148 *Hans Christoph Hirsch*, Die Übertragung der Rechtsausübung — Vervielfältigung der der Rechte — I. Teil, 1910.

149 A. a. O., S. 1

sei, seine Rechte zweckentsprechend zu gebrauchen; es könnten somit auch Kinder und Geisteskranke subjektive Rechte haben[150].

In diesen Fällen beschränke das Gesetz nur die Ausübung, belasse aber die Rechtszuständigkeit unverändert. Daraus folge: Recht-Haben und Recht-Ausüben seien nicht Ausdrücke für dasselbe Phänomen[151], beides gehöre verschiedenen Ebenen an.

Seine rechtstheoretischen Überlegungen findet *Hirsch* im Gesetz bestätigt, das in den §§ 552, 860, 988, 1656 und dem früheren 835 Abs. 2 (heute § 11 Bundesjagdgesetz) BGB Rechtszuständigkeit und Rechtsausübung gegegenüberstellt[152]; in den §§ 1059, 1092, 38 i. V. mit 40, 1052 Satz 1, 1070 Satz 2, 1685 Satz 2 BGB, 38 Satz 4 GenG, 857 III und IV ZPO. die Rechtsausübung von dem Recht selbst scheidet[153].

Zwar hält *Hirsch* eine Rechtsordnung für denkbar[154], die Zustehen und Ausüben des Rechts unlösbar verbände, das abstrakte Recht also nicht entstehen oder untergehen ließe, wenn bei dem betreffenden Recht eine Ausübungsschranke vorläge. Da aber Hinderungsgründe in der Person des Rechtssubjekts häufig nur vorübergehend eintreten, wäre die als möglich erwähnte Gestaltung äußerst unpraktisch.

Seien auch Recht und Rechtsausübung grundsätzlich kongruent[155], so sei doch eine Überlassung der Ausübung jedenfalls bei allen übertragbaren Rechten möglich[156], denn das Gesetz lasse nur bei unübertragbaren Rechten die Überlassung ausdrücklich zu (§ 38, 40; 1059 Satz 2; 1092 Satz 2 BGB; 857 III ZPO), woraus der Schluß zu ziehen sei, solches sei bei übertragbaren Rechten selbstverständlich. Dafür spreche auch die allgemeine Erwägung, wenn ein Recht übertragen werden könne, also die stärkere Rechtswirkung zulässig sei, so könne man gegen die schwächere Wirkung nichts einwenden. Für die meisten Rechte sei es ganz gleichgültig, wer sie ausübe, ja sogar für die meisten auch, wem sie zuständen[157].

Den Vorgang der Überlassung zur Rechtsausübung kennzeichnet Hirsch mit einer „Vervielfältigung der Rechtsmacht"[158]. „Die Übertragung der

---

150 A. a. O., S. 6, 7 / vergl. auch *En.-N.* § 72 I 5, S. 437

151 *Hirsch* a. a. O., S. 24.

152 A. a. O., S. 24, vergl. die weiteren Beispiele von *Hirsch*, S. 24 Anm. 2 und *Oertmann Iher.* J. 66, 142

153 Vgl. auch die Aufzählung *Ludewigs* a. a. O., S. 33

154 Vergl. *En.-N.* § 83 Anm. 6, S. 478

155 A. a. O., S. 21, 27

156 A. a. O., S. 306

157 A. a. O., S. 306.

158 A. a. O., S. 172

Mit demselben Grundsatz versucht *Hirsch*, Entstehen und Existenz der abgeleiteten Rechte zu erklären (S. 194 f.) — zustimmend *H. Goldschmidt*, Eigentum und Eigentumsteilrechte in ihrem Verhältnis zur Sozialisierung (bei *E. Heymann*) S. 33, 38. Vergl. dagegen *Heinemann* Iher. J. 81, 384; von Tuhr II 1 § 45, S. 63 f.; *Krückmann* AcP 103, 139 f. —. Er nennt sie Ausübungsberechtigungen, die nur im Entstehen vom Mutterrecht abhängig seien, nachher aber eigene Wege gehen könnten (S. 179); von diesen unterscheidet er die Ausübungsberechtigungen, die dauernd vom Mutterrecht abhängig seien (S. 185). Zu letzteren zählt er die Prozeß- und Verfügungsermächtigung

Rechtsausübung ist durch den Gedanken juristisch zu konstruieren, daß die Rechtsordnung aufgrund eines bestimmten Tatbestandes einem anderen erlaubt, sich so zu verhalten, wie auch der Berechtigte sich kraft des Rechts verhalten darf[159]. Die Handlungen, die bisher nur der eine vornehmen darf, dürfen jetzt beide vornehmen[160]."

Aber nur vorhandene Rechte können ausgeübt werden, denn „von der Ausübung eines Rechts kann im eigentlichen Sinne erst die Rede sein, wenn das Recht fertig entstanden ist[161]."

Wegen dieser Beschränkung kommt dem Verwaltungsrecht bei *Hirsch* wie auch bei *Ludewig* erhebliche Bedeutung zu: „Das Verwaltungsrecht ist das jedem Vermögenssubjekt zustehende Recht, auf sein Vermögen, insbesondere durch Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen einzuwirken[162].

Dahin gehören nach *Hirsch:* die tatsächliche Schutzbefugnis, die Besitzbefugnis, die Verpflichtungs-, Verfügungs-, Überlassungs- und Erwerbsmacht, die aktive und passive Prozeßführungsmacht, die letztwillige Verfügungsmacht und die Empfangsmacht[162]. Auch das Verwaltungsrecht ist vervielfältigungsfähig, es kann der Ausübung nach überlassen werden, ebenso wie abgeleitete Rechte ausgeschieden werden können[163].

Konstruktiv hebt *Hirsch*[164] noch hervor, daß die Verfügungs-, Überlassungs- und die aktive Prozeßführungsbefugnis nicht nur Befugnisse des betroffenen Eigentums, der betroffenen Forderung, sondern gleichzeitig des Verwaltungsrechts des Eigentümers, des Forderungsgläubigers seien.

*Ludewig* hat nun den mehr rechtstheoretischen Untersuchungen von *Hirsch* ein Jahrzehnt später[165] praktische Geltung verschafft. Auch er hält eine Überlassung der Ausübung für möglich und zulässig. Zweifelsfrei bejaht er dies bezüglich der übertragbaren Rechte mit dem Schuß a majore ad minus. Wenn das Gesetz die Übertragung, d. h. den Übergang des Rechts auf eine andere Person zulasse, so müsse erst recht die Ausübung überlassen werden können[166], und mit dem Hinweis, das Gesetz setze augenfällig die Überlaßbarkeit übertragbarer Rechte zur Ausübung voraus, wie sich an den §§ 1059 BGB und 857 III ZPO erweise.

---

(S. 172). Der Ausübungsberechtigte i. e. S. übe fremdes Recht, das Mutterrecht, als eigenes aus (vergl. auch *Ludewig* a. a. O., S. 35 f.), der abgeleitet Berechtigte nur eigenes Recht (S. 181). Abgeleitete Rechte unterliegen, wie auch *Hirsch* anerkennt, aber dem numerus clausus (vergl. auch S. 212).

159 Vergl. dazu *Ludewig* S. 35

160 *Hirsch* a. a. O., S. 174

161 A. a. O., S. 57

162 A. a. O., S. 187, vergl. auch oben S. 23.

163 A. a. O., S. 187 f.

164 A. a. O., S. 188

165 Seine Schrift „Die Ermächtigung" erschien 1922

166 Vergl. *Schmidt*, Gruchot, 57, 241 f. / *Richter*, Gruchot, 60, 766 / *Zitelmann*, AcP 99, 68. Die Folgerung a majore ad minus spielt bei der Begründung der Einziehungsermächtigung eine erhebliche Rolle. Vergl. *En.-L.* § 79 IV 2, S. 322

Den § 182 f. und 185 BGB liege dasselbe Prinzip zugrunde, sie seien nur Anwendungsfälle des übergeordneten Gedankens[167]. Bei allen Ermächtigungsfällen und bei der Vollmacht[168] handle es sich letzten Endes um Überlassung des Ausübung des Verwaltungsrechts[169].

Das Verwaltungsrecht ist für das Verständnis der Lehre *Ludewigs* grundlegend[170]. Schon *Hirsch* hat hervorgehoben, die Überlassung der Rechtsausübung setze beim Überlassenden ein Recht voraus, dessen Ausübung überlassen werden könne[171].

Bei Verfügungs- und Einziehungsermächtigung kann das Eigentum oder das Forderungsrecht als überlassen gedacht werden. Welche Art von Recht aber soll hinter der Verpflichtungsermächtigung stehen? Die Fähigkeit, Verpflichtungen einzugehen, kann man nicht als Recht bezeichnen[172].

Nur die Annahme eines Verwaltungsrechts kann helfen, das die Verpflichtungsbefugnis mit umschließt und somit auch die Verpflichtungsermächtigung begründen kann[173].

So argumentiert auch *Ludewig* abschließend: das Verwaltungsrecht enthalte auch die Verpflichtungsbefugnis; mit dem Verwaltungsrecht werde auch diese übertragen und so ergebe sich die Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung.

Das Verwaltungsrecht erlaubt und ermöglicht *Ludewig* eine Doppelbegründung für die Verfügungs- und Einziehungsermächtigung, weil dort ein einzelnes Recht überlassen werden kann. „Die Ermächtung zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung kann man aber auch als Überlassung des Verwaltungsrechts hinsichtlich der diesem Recht innewohnenden Prozeßführungsbefugnis auffassen[174]."

*Ludewig* hat mit der Vervielfältigung des Verwaltungsrechts vereinzelt Gefolgschaft gefunden[175].

---

167 *Ludewig* a. a. O., S. 36

168 *Ludewig* a. a. O., S. 39; ebenso schon *Hirsch* a. a. O., S. 188. Vergl. auch *von Tuhr* II 1 § 45 Anm. 41 und *Heinemann*, Gruchot, 70, 515: „in jeder Vertreterbestellung oder Ermächtigung liegt eine Überlassung der Rechtsausübung."

169 *Ludewig* a. a. O., S. 36

170 Das scheint *Stoll*, Diss, S. 21, zu verkennen, wenn er glaubt: „dabei ist es gar nicht notwendig, wie dies *Ludewig* tut, ein besonderes Verwaltungsrecht zu konstruieren"

171 Vergl. oben S. 25 und Anm. 161, sowie *Ludewig* a. a. O., S. 35.

172 *von Tuhr* I § 7 II S. 160, 161: „Daß ein volljähriger geistesgesunder Mensch Rechtsgeschäfte vornehmen und damit auf den Rechtszustand einwirken kann, wird nicht als subjektives Recht aufgefaßt", „sondern als rechtliche Eigenschaft oder Fähigkeit". Vergl. auch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 85. *Siebert* a. a. O., S. 255, 256: „in einem derartigen Fall ist der Ermächtigte nicht Träger der Substanz des Rechts; aber nur eine aus der Rechtsträgerschaft fließende Einwilligung wird in § 185 I BGB anerkannt." Die eben zitierte Aussage *Sieberts* beschränkt sich nicht auf § 185 I BGB, sondern gilt für die Überlassung der Rechtsausübung ganz allgemein.

173 *Ludewig* a. a. O., S. 39.

174 *Ludewig* a. a. O., S. 48.
Zweifach leitet *Ludewig* auch die Verpflichtungsermächtigung her: einmal aus der Überlassung des Verwaltungsrechts, zum anderen unmittelbar über die §§ 182 bis 184 BGB (a. a. O., S. 29).

175 Vergl. vor ihm: *Hellwig*, Lehrbuch I (1903) § 48 I S. 317 ohne eingehende Begründung.

Von *Spreckelsen*[176] will nicht nur Vervielfältigungen von Herrschaftsbefugnissen, die aus einem bestimmten, dem Überlassenden zustehenden Einzelrecht hergeleitet werden, zulassen; in weiterem Umfang könnten die bei dem Vervielfältigenden als von der Rechtsordnung anerkanntem Rechtssubjekt begründeten allgemeinen Herrschaftsbefugnissen, so die ganz allgemein jedem Rechtssubjekt zustehende Rechtsmacht, sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten, zur Ausübung überlassen werden.

*Siebert* greift gleichfalls auf das Verwaltungsrecht zurück: „Bei dieser Verallgemeinerung stellt sich die Fähigkeit zur Ausübungsüberlassung dar als Folge der allgemeinen Fähigkeit eines Rechtssubjekts, rechtsgeschäftlich zu verfügen, sich zu verpflichten und Prozesse zu führen[177]."

Zur Natur des Verwaltungsrechts sei noch kurz hervorgehoben: Für *Ludewig* stellt es sich dar, als das jemandem zustehende Recht, auf sein eigenes oder auf ein fremdes Vermögen einzuwirken[178]. Sein Inhalt soll u. a. die Befugnis umfassen, Verpflichtungsgeschäfte vorzunehmen, über vorhandene Rechte zu verfügen und Rechte außergerichtlich geltend zu machen oder sie prozessual zu verfolgen[179].

Dogmatisch soll es als ein besonderes Recht eigener Art, nicht als dingliches Recht zu behandeln sein[180].

## § 9:

## *Das Überlassungsgeschäft nach dem BGB*

Wenn gelehrt wird[181], die Rechte könnten einem anderen zur Ausübung[182] überlassen werden, so besagt dies noch nicht, daß Verfügungs-, Einziehungs- oder Verpflichtungsermächtigung als Überlassung der Ausübung zulässig seien.

Die Lehre von der Überlassung zur Rechtsausübung beruht auf der Vorstellung, daß ein Recht einem Subjekt zustehen kann, gleichwohl aber ein anderes Rechtssubjekt dieselben Befugnisse haben könne, wie der Rechtsinhaber.

Nach dem systematischen Aufbau der bürgerlichen Rechtsordnung ist dies aber nicht möglich, die oben S. 24 angeführten Vorschriften können das

---

176 A. a. O., S. 41

177 A. a. O., S. 236

178 Vergl. oben S. 23

179 A. a. O., S. 36

180 A. a. O., S. 40, vergl. auch *Hellwig*, Lehrbuch I § 49 IV zu Anm. 23 a, S. 323, und die weiteren Hinweise daselbst.

181 *Hirsch* a. a. O., S. 306 und mehrfach / *Ludewig* a. a. O., S. 34 f. / *Zitelmann*, AcP 99, 68 / *Schmidt*, Gruchot 57, 245 / *Lehmann*, Allg. Teil, § 15 I 3, S. 101 / *Köhler* a. a. O., Seite 17

182 *Krückmann*, in Festschrift f. d. RG. III, S. 92, möchte von Übertragung der Ausübungsmöglichkeit sprechen, denn Übertragung der Ausübung bedeute, einen Auftrag erteilen (vergl. noch *Krückmann* Arch. f. Bürgerl R. 41, 338).
Seine Kritik ist sprachlich berechtigt, doch hat sich der hier gebrauchte Ausdruck schon so eingebürgert, daß man, weil Verwirrung nicht zu befürchten ist, daran festhalten sollte.

Gegenteil nicht erweisen. Recht und Rechtsinhalt sind grundsätzlich kongruent[183].

Das BGB hat für die Übertragung eines Rechts und für die Schaffung beschränkter Rechte[184] besondere Formen zur Verfügung gestellt und diese nach Zahl und Inhalt dem numerus clausus unterstellt[185].

Andere Typen können die Parteien nicht vereinbaren, sie sind in ihrer Rechtsgestaltung auf die gegebenen Arten beschränkt[186].

Mit dem numerus clausus und dem Offenheitsprinzip bei der Stellvertretung[187] bemüht sich das Gesetz, klare und eindeutige Zuständigkeiten zu schaffen und zu erhalten.

Schon diese Ordnung muß zur Vorsicht mahnen, wenn es gilt, die Befugnisse des Überlassungempfängers abzustecken.

Könnten daneben — wie es *Ludewig* annimmt — Rechte einem anderen derart zur Ausübung überlassen werden, daß dieser im eigenen Namen die Zuständigkeit für diese Rechte verändern, auf sie einwirken könnte, so wären Offenheitsprinzip und numerus clausus zu einem Schattendasein verdammt[188].

Das BGB erwähnt die Überlassung zur Ausübung nur bei unübertragbaren Rechten (§§ 38, 40; 1059; 1092 BGB – vergl. auch § 11 i. Verbindung mit § 3 BJagdG).

Damit zeigt sie sich eindeutig verschieden von der Übertragung eines Rechts, auch von der beschränkten Übertragung[189], denn das Gesetz läßt sie zu, obwohl es die Übertragung, die Verpfändung und die Belastung mit einem Nießbrauch verbietet (vergl. §§ 1059, 1274 Abs. 2, 1069 Abs. 2 BGB, 857 Abs. 3 ZPO).

Daraus folgert man, offensichtlich setze das Gesetz die Überlaßbarkeit bei unübertragbaren Rechten voraus, wenn es sie nur bei nicht übertragbaren normiere[190].

---

183 Vergl. dazu unten Seite 65, 68 f.

184 Diese leiten sich im Wege konstitutiver Rechtsübertragung aus dem Vollrecht ab.
Die dogmatische Begründung dieser Erscheinung interessiert hier nicht. Vergl. *Baur*, Sachenrecht, S. 15; *von Tuhr* II 1 § 45, S. 70.
Man mag von qualitativer Teilung sprechen (*von Tuhr* II 1 § 1 § 45, S. 63), sofern man sich der Besonderheit bewußt bleibt, daß bei Erlöschen des Tochterrechts das Mutterrecht seinen ursprünglichen Umfang wiedergewinnt. (*Hirsch* a. a. O., S. 172; v. Tuhr II 1 §45 Anm. 21 — vergl. aber *Hirsch* a. a. O., S. 194 f.).
Vergl. auch unten S. 65.

185 Vergl. *Baur*, Sachenrecht, § 1 II 2, S. 3 und unten S. 70 d. Arbeit.

186 Vergl. aber unten S. 70.

187 § 185 I BGB durchbricht das Offenheitserfordernis der Stellvertretung nicht. Vergl. oben S. 11.

188 Vergl. *Staudinger-Spreng*, § 1059 Bem. 4; *Soergel-Siebert* (Mühl) § 1059 Bem. 2; *Planck-Brodmann* § 1059 Bem. 3; *Heck*, Sachenrecht, § 74, 8, S. 310, 311. Vergl. auch RGZ 159, 193 f. (207, 208).

189 *von Tuhr* II 1 § 45 II 2, S. 70 f.

190 *Hirsch* a. a. O., S. 306 / *Ludewig* a. a. O., S. 34 f. / *Zitelmann*, AcP 99, 68 / *Schmidt*, Gruchot 57, 245. / Wohl auch *Lehmann*, Allg. Teil, § 15 I 3, S. 101.

Wenn die Übertragung erlaubt sei, dann müsse erst recht die Überlassung zur Ausübung zulässig sein, denn sie sei ja gegenüber der Übertragung ein Weniger[191], [192].

Diese Ansicht ist sicher zutreffend. Stünde dem Rechtsinhaber nicht dieses Mittel zu Gebote, könnte er vielfach seine Rechte nicht in einer seinen Interessen entsprechenden Weise nützen, wenn er sie persönlich nicht ausüben kann[193]. „Das unausgeübte Recht dient seinem Zweck nur unvollkommen"[194].

Damit ist aber noch nichts über die Qualität der Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten gesagt. Die entscheidende Frage stellt sich erst, sie lautet:

Was müssen wir unter Überlassung der Ausübung im Sinne der gesetzlichen Terminologie verstehen? Welche Befugnisse verleiht sie dem Ausübungsberechtigten?

Ludewig beschränkt sich auf die Feststellung, vereinfacht ausgedrückt: Rechte zur Ausübung überlaßbar – also Ermächtigung zulässig[195], [196]. Damit hat er das eigentliche Problem umgangen.

Einen ersten Anhaltspunkt gibt folgende Überlegung:

An die Unübertragbarkeit knüpft das Gesetz weitere Folgen: Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht und ein Nießbrauch nicht an ihm bestellt werden, es ist grundsätzlich der Pfändung nur insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann.

Wenn nun ein Recht nicht übertragen, nicht mit einem Nießbrauch belastet, nicht verpfändet und nicht gepfändet werden kann, wohl aber zur Ausübung überlassen werden kann, so ist damit die Überlassung zur Ausübung zu einem Teil charakterisiert. Die Überlassung kann dem Empfänger nicht die Befugnis geben, zu veräußern, einen Nießbrauch zu bestellen oder zu verpfänden.

Man könnte nun meinen, die Beschränkung des Überlassungsempfängers rühre in den genannten Fällen eben daher, daß zugleich die Unübertragbarkeit des Rechts bestimmt ist; mit anderen Worten: die Überlassung zur Ausübung selbst beschränke die Möglichkeit des Empfängers nicht, die Grenzen kämen vielmehr von außen. Solche Auffassung würde aber dem klaren Wortlaut des § 1059 widersprechen: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden." (Vergl. auch §§ 38, 40; 1092 BGB)

---

191 *Hirsch* a. a. O., S. 307 / *Ludewig* a. a. O., S. 43 f. / Vergl. auch die oben Anm. 166 Zitierten.

192 *Wunderlich*, Diss., S. 38, beschränkt fälschlich die Überlassung auf unübertragbare Rechte; dort sei sie vonnöten, weil das Recht selbst nicht übertragen werden könne.

193 Nach *Zitelmann* (AcP 99, 68) ist die Überlassung nur eine andere Art der Selbstausübung.

194 *Hirsch* a. a. O., S. 30.

195 Vergl. oben S. 25, 26.

196 Um die Ermächtigung umfassend zu begründen, hat *Ludewig* das oben S. 26 erwähnte Verwaltungsrecht eingeschaltet.

Damit ist bereits die Wertung vollzogen. Die Überlassung zur Ausübung gibt nur solche Befugnisse, die den Zweck des Gesetzes nicht vereiteln können. Schon das Rechtsinstitut der Überlassung zur Ausübung ist aus sich heraus beschränkt.

Wollte man den Ausübungsberechtigten nur an der Übertragung und Verpfändung sowie an der Nießbrauchbestellung hindern, so erschiene die Beschränkung willkürlich. Der Ausübungsberechtigte könnte dann etwa auf das Recht verzichten oder in anderer Weise darüber verfügen.

Die Aussage, die das Gesetz an den genannten Stellen über das Wesen der Ausübungserlassung macht, vermittelt genügenden Einblick für weitere Erkenntnisse. Übertragung, Verpfändung und Nießbrauchbestellung sind Verfügungen, zuordnungsändernde Geschäfte, sie greifen den Rechtsbestand unmittelbar an.

Das Gesetz verbietet dem Ausübungsberechtigten mit Sicherheit die genannten Verfügungen; ein einleuchtender Grund, weshalb er andere Verfügungen über das Recht vornehmen können soll, ist aber nirgends ersichtlich.

Man muß deshalb annehmen, daß der Ausübungsberechtigte nach dem Willen des Gesetzes nicht die Befugnis hat, über das ihm zur Ausübung überlassene Recht zu verfügen. Das gleichermaßen, wenn die Ausübung eines unübertragbaren oder eines übertragbaren Rechts überlassen worden ist, denn das Institut der Überlassung zur Ausübung kann man nur einheitlich begreifen.

Dieses Ergebnis, bestärkt durch das oben S. 27 f. skizzierte Ordnungsschema des BGB, weist dem Ausübungsberechtigten eine Rechtsstellung zu, die sich – negativ gesehen – mit der eines nur schuldrechtlich Berechtigten deckt.

Eine nur schuldrechtliche Wirkung der Überlassung im Sinne § 1059 BGB nimmt denn auch die weitaus herrschende Meinung an[197]. An der dinglichen Rechtslage ändere der Wechsel in der Person des Ausübungsberechtigten nichts[198], der Ausübungsberechtigte erhalte kein Recht an dem Nießbrauch[199].

---

197 *Baur*, Sachenrecht, § 32 II 4, S. 261 / *Westermann*, Sachenrecht § 121 V 2 / *Eichler*, Institutionen II 2, S. 571 / *Heck*, Sachenrecht, § 74, 8, S. 310, 311 / *J. v. Gierke*, Sachenrecht, S. 150 / *v. Tuhr* II 1 § 45 I 2, S. 70 / *Köhler* a. a. O., S. 17, 18 / *Soergel-Siebert* (Mühl) § 1059 Bem. 2 / *Staudinger-Spreng*, § 1059 Bem. 4 / RGRK (Denecke) § 1059 Bem. 2 / wohl auch *Palandt-Hoche*, § 1059 Bem. 2, wenn auch vorsichtig / *Planck-Brodmann*, § 1059 Bem. 3 / *Henke - Mönch - Horber*, Grundbuchordnung § 26, 4 A / *Güthe-Triebel*, Grundbuchordnung, Vorbemerkung zum 2. Abschnitt Anm. 20 / *Hägele*, Handbuch der amtsrichterl. Praxis IV, S. 124 / KG im KGJ 40, 254; KGJ 48, 212 und in JW 38, 675 f. / RG in RGZ 159, 193 f. (207, 208) / LG Lübeck, Schleswig-Holst. Anz. 1955, S. 275 / Der BGH (LM Nr. 2 zu § 95 BGB) läßt die Frage offen.

198 *Staudinger-Spreng* a. a. O. Anm. 3 / RGZ 159, 207 für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

199 *v. Tuhr* II 1 § 45 II 2, S. 70 / RGZ 159, 207 (ebenfalls f. d. beschr. pers. Dienstbarkeit).

Diese Ansicht bestätigen die Materialien zum BGB. Der I. Entwurf (§ 1011 I) sah vor, der Nießbrauch könne veräußert und belastet werden. Die Erste Kommission zog, wie die Motive ergeben[200], diese Konstruktion der dinglich wirkenden Überlassung zur Ausübung, wie sie die Rechte vor dem BGB kannten, vor, weil diese „nur zu einer unzutreffenden und Mißverständnisse veranlassenden Ausdrucksweise" führe[201].

Erst die Zweite Kommission gab dem § 1059 BGB seine heutige Fassung und stellte zugleich fest, die Überlassung wirke nur obligatorisch[202].

Nach einer anderen Ansicht erhält der Ausübungsberechtigte „ein unmittelbares Nutzungsrecht und nicht nur ein obligatorisches Recht gegen den Nießbraucher auf Duldung des Ausübung[203]".

Das Reichsgericht scheint in RGZ 101, 5 f. der eben erwähnten Meinung zuzuneigen, wenn es ausspricht, es sei nicht unmöglich, daß der Nießbraucher die aus dem Nießbrauch fließenden Einzelrechte d em Dritten mit dinglicher Kraft überlassen könne und dies durch die Übertragung zur Ausübung zum Ausdruck bringe. Das komme aber auf den Einzelfall an, in der Regel werde dies in der bloßen Überlassung nicht liegen.

Bei genauerem Zusehen ist die Entscheidung des Reichsgerichts mit der nur schuldrechtlichen Natur des Überlassungsgeschäfts durchaus vereinbar[204].

Die wohl am umfassendsten die Überlassung zur Ausübung normierende Geschäftsform des besonderen Schuldrechts ist die Pacht. Gemäß § 581 BGB hat der Verpächter dem Pächter den Gebrauch des gepachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte zu gewähren. Den Gebrauch und die Früchte einer Sache gewährt er regelmäßig, indem er dem Pächter den Besitz überträgt. Handelt es sich um die Früchte eines Rechts, so kann der Verpächter beispielsweise entweder die Mietzinsen selbst einziehen und dem Pächter die eingezogenen Beträge zuwenden; er kann aber auch die Mietzinsforderung dem Pächter abtreten, damit sie dieser selbst einziehe. Ohne Abtretung kann der Pächter jedoch nicht einziehen.

In dieser Situation findet sich der Nießbraucher, der seinen Nießbrauch einem anderen zur Ausübung überlassen, etwa verpachtet hat.

Der Nießbraucher kann also seine Verpflichtung aus dem Überlassungsgeschäft dadurch erfüllen, daß er dem Ausübungsberechtigten einzelne Forderungen, die aus seinem Nießbrauchsrecht fließen, abtritt.

Dabei bindet ihn aber §1059 Satz 1 BGB insoweit, als er die Unübertrag-

---

200 Motive III, S. 525 f.; *Mugdan* III, S. 293 f.

201 *Mugdan* a. a. O.

202 Protokolle III, 407 f.

203 *Wolff-Raiser*, Sachenrecht, § 118 I, S. 476
vergl. weiter: *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht § 67 I 3 a, S. 295, 296 / *Jaeger-Lent*, KO § 1 Bem. 39 / *Eccius*, Gruchot, 50, 505 / *Kretschmar*, Gruchot, 65, 432 f. und LZ 14, 991 / *Kohler*, Sachenrecht, § 107 V, II b / teilweise *Oertmann*, Iher J. 66, 144.

204 Von ihrem Standpunkt folgerichtig führen deshalb *Wolff-Raiser* (§ 118 Anm. 2) auch aus, die Auffassung des RG sei zu eng.

barkeit des Nießbrauchs nicht umgehen darf[205], denn das Stammrecht und seine Verfügungsbefugnis kann der Nießbraucher nicht übertragen[206].

Widersprüchlich klingen dagegen die weiteren Feststellungen des Reichsgerichts, wonach die Nießbrauchsüberlassungen eine Verfügung über die Mieten im Falle der „Überlassung mit dinglicher Kraft" sein soll, während sie im anderen Falle nur das Recht einräumen, die Mieten einzuziehen.

Ich meine, das sind zwei Schalen für denselben Kern. Wenn ich das Recht habe, die Mieten einzuziehen, dann sind mir Mietzinsforderungen auch übertragen, sofern man nicht eine Einziehungsermächtigung annehmen will, die das Reichsgericht jedoch nicht erwähnt[207]. Richtiger dürfte sich die Überlassung im zweiten Fall dahin charakterisieren lassen, der Nießbraucher habe sich verpflichtet, dem Ausübungsberechtigten die Geltendmachung der Zinsforderung zu ermöglichen[208].

Auch bei der Überlassung zur Ausübung ist zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zu unterscheiden. Wenn sich jemand verpflichtet, einem anderen die Ausübung eines Rechts zu überlassen, so hat der andere damit noch nicht die Möglichkeit erlangt, das Recht auszuüben.

Der Überlassende muß vielmehr seinerseits seine Verpflichtung erfüllen und diejenigen Rechtshandlungen vornehmen, die erforderlich sind, damit der andere das Recht auch tatsächlich ausüben kann, indem er ihm etwa den Besitz überträgt, die Zinsbeträge überweist oder die Mietzinsforderung abtritt[209].

Deshalb können § 1059 Satz 2 BGB und die ihm entsprechenden Bestimmungen ihrem Wortlaut nach nur das Erfüllungsgeschäft meinen[210]. Die Überlassung erschöpft sich nicht in der Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung des Nießbrauchs berechtigten[211].

Man könnte deshalb § 1059 Satz 2 auch so lesen:

Der Nießbraucher kann sich zur Überlassung der Ausübung verpflichten

---

205 Deshalb dürfte es z. B. unzulässig sein, daß der Nießbraucher einer unverzinslichen Forderung sein ihm nach § 1074 BGB zustehendes Einziehungsrecht abtreten kann, weil dieses das Wesen seines Nießbrauchs ausmacht (vergl. § 1075 BGB).
Wegen der der Einziehungsermächtigung ähnlichen Gestaltung in den §§ 1074, 1075 vergl. unten S. 72 f.

206 *Palandt-Hoche*, § 1059 Bem. 2.

207 Vergl. *Soergel-Siebert* (Mühl) § 1059 Bem. 3

208 Vergl. RGZ 159, 193 f. (207) und RGRK *(Denecke)* § 1059 Bem. 2.

209 *Wolff-Raiser* § 118 I, S. 475, 476: „Die Überlassung geschieht durch Übertragung der Besitz- und Nutzungsrechte."

210 Vergl. Dreyer, Die Rechtsstellung des Nießbrauchausübungsberechtigten nach deutschem bürgerlichen Recht, Diss., S. 50, 53. A. a. O., S. 53: Die Überlassung der Ausübung „ist vielmehr der umfassende Ausdruck für die Erfüllungsart sämtlicher auf Überlassung der Ausübung gerichteten Verträge." Vergl. noch *Hecke*, Sachenrecht, § 74, 8, S. 310 / *Baur*, Sachenrecht, § 32 II 4, S. 261 und § 34 II, S. 269 / *Wolff-Raiser* § 118 I, S. 476 / *En.-N.* § 139 Anm. 9, S. 872
Vergl. auch *von Thur* II 1 § 45, S. 70 *und* § 11 II 1 BJagdG.

211 So aber *Staudinger-Spreng*, § 1059 Anm. 4; vergl. auch RGZ 159, 193 f. (207).

(das Gesetz bringt dies, weil selbstverständlich, nicht zum Ausdruck) und kann diese Verpflichtung auch erfüllen[212], [213].

Die Meinung, die Überlassung wirke obligatorisch[214], erscheint daher nur bedingt richtig. Denn, wenn z. B. der Vermieter oder Verpächter seine Verpflichtung aus dem Vertrage erfüllt, so hat der Überlassungsempfänger eben die ihm durch das Erfüllungsgeschäft verliehene Rechtsstellung[215]. Ist ihm der Besitz überlassen, so hat er ein vorläufiges Recht an der Sache[216].

Richtig aber ist: das schuldrechtliche Überlassungsgeschäft (z. B. Miete oder Pacht) gibt dem Vertragspartner nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen seinen Vertragsgegner, ihm die Ausübung zu ermöglichen[217].

Ein Überlassungsgeschäft in dem Sinne, daß dem Empfänger mit diesem eine eigenständige, fest begrenzte Rechtsmacht verliehen wird, kennt das Gesetz nicht[218]. Wo es immer beschränkte, abgeleitete Rechte zur Verfügung stellt, normiert es eingehend deren Begründung und die Befugnisse des abgeleitet Berechtigten (vergl. Nießbrauch und Pfandrecht an Forderungen). Schon aus diesem Grunde erscheint es völlig unwahrscheinlich, das Gesetz habe mit einem Satz (§ 1059 Satz 2 BGB) ein abgeleitetes Recht schaffen wollen[219].

Der Überlassende kann nur die bekannten Übertragungsformen benut-

---

212 So gesehen klärt sich das Verhältnis von Miete und Pacht zur Überlassung der Ausübung. Die Ansicht, Vermietung und Verpachtung eines Nießbrauchsgegenstandes sei keine Überlassung der Ausübung i. S. § 1059 BGB, sondern eine typische Eigennutzung des Nießbrauchers (so *Staudinger-Spreng* § 1059, Bem. 2 mit weiteren Belegen) übersieht, daß der Miet- oder Pachtvertrag erst die Verpflichtung für seine Erfüllung schafft. Darin findet sich das unterscheidende Merkmal und nicht in der ohnehin von der Fremdnutzung nicht abgrenzbaren Eigennutzung. (Dazu eingehend gegen *Kretschmar*, LZ 1914, 992, und Gruchot, 65, 433: Dreyer, Diss., S. 46 f.) Gegen diese Ansicht auch *Wolff-Raiser* § 118 I Anm. 6, S. 476, die richtig auf die Erfüllung abstellen und die Übertragung des Miet- oder Pachtbesitzes (und des Nutzungsrechts) als Überlassung i. S. § 1059 BGB ansehen und *Baur*, Sachenrecht, § 32 II 4, S. 261, der die Bedeutung des § 1059 Satz 2 dahin umschreibt: „Der Nießbraucher kann also die Sache vermieten oder verpachten oder unentgeltlich einem anderen überlassen."

213 § 1059 Satz 2 BGB behält seinen guten Sinn auch dann, wenn man nur schuldrechtliche Wirkung annimmt. Auch dann ist es nicht selbstverständlich, daß die Ausübung überlassen werden kann, denn der Eigentümer könnte sehr wohl daran interessiert sein, keinen neuen Mieter oder Pächter zu erhalten.
Vergl. auch § 1092 I 2 BGB.
*En.-L.* § 137 I 1, S. 574: „Wenn ein Recht nicht einmal der Ausübung nach übertragen werden kann, ist es natürlich pachtunfähig."

214 Vergl. oben S. 30 und Anm. 197.

215 *v. Tuhr* II 1 § 45 Anm. 58.

216 *Wolff-Raiser*, § 3 III, S. 19
Vergl. aber die Sondermeinung *Dulckeits* a. a. O., S. 28 f. (33); dagegen *Baur*, Sachenrecht § 6 II S. 41, 42
Vergl. auch *Baur*, Sachenrecht, § 6, S. 40: Mit dem Besitz werden „die hinter ihm liegenden Interessen geschützt."

217 Vergl. für die Miete: *Esser*, Schuldrecht, § 116, 1, S. 525

218 *v. Tuhr* II 1 § 45 I 2, S. 71.

219 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 17

zen[220], z. B, den Besitz übertragen, eine Forderung abtreten. Inwieweit das geschehen ist, danach bestimmt sich die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten. Er hat, wie ausgeführt, dann etwa die Rechte eines Besitzers oder eines Forderungsberechtigten.

Das Überlassungsgeschäft ist kein selbständiger Rechtstypus, wie das *Hirsch* annimmt[221].

Aus dem so gekennzeichneten Überlassungsgeschäft lassen sich auch keine Rückschlüsse auf die Ermächtigung ziehen[222], [223].

Damit sind auch schon die Grenzen für die Überlassung eines Verwaltungsrechts am eigenen Vermögen abgesteckt[224].

Sollte es dieses Verwaltungsrecht überhaupt geben, so verleiht seine Überlassung dem Empfänger sicher nicht die Befugnisse, im eigenen Namen über die der Verwaltung unterworfenen Gegenstände zu verfügen.

Fragen könnte man nur, ob das Verwaltungsrecht mit derselben Wirkung überlassen werden könnte, wie etwa der Nießbrauch oder auch ein übertragbares Recht; fragen könnte man auch, wie es mit der Verpflichtungsbefugnis des Überlassungsempfängers stünde.

Allein: gibt es dieses umfassende Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen überhaupt? *Ludewig* stützt seine Ansicht auf § 1984 BGB und § 6 KO. Die zuletzt genannte Norm fasse die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis als ein Recht des Gemeinschuldners auf[225]. Damit erkenne das Gesetz die Befugnis des Vermögenssubjekts, sein eigenes Vermögen zu verwalten, als ein besonderes Recht an. Es handle sich „nicht nur um eine allgemeine, allen Menschen zustehende Möglichkeit, sondern um eine dem bestimmten Subjekt des Vermögens zugeteilte, besondere Machtgestaltung[226], [227]."

---

220 Vergl. für die Miete: *Esser*, Schuldrecht, § 115, 2 a, S. 521.
*Köhler* a. a. O., S. 17: „Aus diesem Grundsatz ergibt sich jedoch noch nicht die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung, denn er besagt nur, daß angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit der Überlassung der Rechtsausübung einem anderen auch eine Einziehungsermächtigung erteilt werden kann, wenn es ein solches Rechtsinstitut nach geltendem Recht überhaupt gibt."

221 A. a. O., S. 187: Das Überlassungsgeschäft „ist ein eigenartiges, wenig beachtetes Rechtsgeschäft, das neben dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft eine selbständige Gruppe bildet."

222 So aber i. S. von *Hirsch* und *Ludewig von Tuhr* II 1 § 45 II 2, obwohl er ebenfalls bei der Überlassung nur ein Gebrauchsrecht aufgrund einer obligatorischen Verpflichtung annimmt: „Auch die Ausübung der zum Bestande der Herrschaftsrechte gehörenden Verfügungsmacht sowie die Ausübung von Gestaltungsrechten kann einem anderen überlassen sein."

223 Vergl. z. T. abweichend: *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, I § 22, S. 68; *Hirsch* a. a. O., S. 82 f.; *Köhler* a. a. O., S. 17; *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 IV c, S. 306; *Lehmann*, Allg. Teil, § 15; *Stampe*, JW 21, 480.

224 Vergl. oben S. 26 f.

225 A. a. O., S. 37

226 A. a. O., S. 39

227 Ein Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen nimmt auch *Hellwig* an, doch ohne eingehende Begründung zu geben. Vergl. System des dtsch. ZivilprozeßR. § 70 II 2, wo er das Prozeßführungsrecht nach dem Besitz des Rechts zur Verwaltung bestimmen will. /

Vorab sucht man vergebens nach einem einheitlichen Begriff des Verwaltungsrechts. In den §§ 1984 BGB und 6 KO trennt das Gesetz die Verwaltungs- von der Verfügungsbefugnis, das Verwaltungsrecht vom Verfügungsrecht. Das Verwaltungsrecht i. S. Ludewigs soll aber beides zum Inhalt haben, läßt sich damit zumindest nicht auf die erwähnten Bestimmungen stützen. Nach dem Wortlaut könnten dem Begriff nur Handlungen unterfallen, die nicht Verfügungen sind. Auch § 1375 a. F. BGB zeigt den Ausdruck Verwaltungsrecht in schillerndem Gewand[228], dieses Verwaltungsrecht vierlieh eine recht schwache Position, enthielt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen.

Andere Bestimmungen, die ein Verwaltungsrecht erwähnen, lassen ebenfalls eine einheitliche Terminologie vermissen[229].

Schwerer als begriffliche Unstimmigkeit wiegen sachliche Erwägungen:

Wie sollte denn dieses Recht beschaffen sein?[230] Es müßte auf ein absolutes Recht am Vermögen hinauslaufen[231], das der Systematik des BGB fremd ist[232].

Was soll die Verpflichtungsbefugnis[233] mit einem Verwaltungsrecht am Vermögen zu tun haben? Kann sich nicht der Mensch, der nichts sein eigen nennen kann, wirksam verpflichten[234]? Kann er nicht Prozesse führen[235]? Gibt es doch auch Rechte ohne Vermögenswert.

Bedarf es etwa einer besonderen Befugnis, um seine Vermögensaktiven haftbar zu machen, wenn die Zwangsbefugnisse regelmäßige Folge der Verpflichtung sind[236]?

---

Lehrbuch I § 49 IV, S. 317, 323; Anspruch und Klagerecht, S. 302 f.; Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 57 f.
Vgl. auch oben Anm. 175

228 Vergl. *Enneccerus - Kipp - Wolff*, Familienrecht, § 47 III, S. 193

229 *Planck* IV, 1, Vorbem. 2 vor § 1373: „Mit dem Ausdruck Verwaltung bezeichnet das BGB keinen fest begrenzten Begriff. Auch der allgemeine Sprachgebrauch gibt keinen sicheren Aufschluß über den Umfang der dem Vertreter eines Vermögens zustehenden Rechte."
Bezügl. des Verwaltungsrechts an fremdem Vermögen läßt *Siber* (Iher. J. 67, 107) den Hinweis auf die unterschiedlichen Verwaltungsrechte nicht gelten. Er meint, das Gesetz gehe von einem einheitlichen Begriff der Vermögensverwaltung aus, den es herauszuarbeiten gelte.

230 *Krückmann* in Festschrift für d. RG. III, S. 97, meint, damit werde unnötigerweise ein der Erklärung selber sehr bedürftiger Begriff eingeführt.

231 *Hellwig*, Lehrbuch I § 49 IV, S. 323: „absolutes Recht sui generis"; *Ludewig:* „kein dingliches Recht, etwa als ein solches an eigener Sache", vergl. oben S. 27 zu Anm. 180

232 *von Tuhr* I § 18 IV, S. 328 / *Lehmann*, Allg. Teil, § 12 I 2, S. 81 und § 49 I 2 c, S. 352, 353 / *En.-N.* § 131 IV, S. 845 / *Baur*, Sachenrecht, § 4 III, S. 27 / *Köhler* a. a. O., S. 20 unter Hinweis auf § 1085 BGB. Vergl. dort auch zum Verwaltungsrecht des Ehemannes im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

233 Vergl. *Hirsch* a. a. O., S. 187 und oben S. 25 der Arbeit / *Ludewig* a. a. O., S. 36, 38, 39 und oben S. 26 / *von Spreckelsen* a. a. O., S. 41 und oben S. 27 / *Siebert* a. a. O., S. 236 und oben S. 27.

234 Hierzu und zum folgenden *Heinemann*, Gruchot 70, 509

235 Vergl. *Lehmann*, Allg. Teil, § 13 IV 2, S. 90

236 *En.-L.* § 2 II, S. 10; *Larenz*, Schuldrecht I, § 2, S. 15

Die Form des Fragens, ansonsten nicht genügende Methode wissenschaftlichen Wägens, sei hier erlaubt, so selbstverständlich erscheint es, daß die erwähnten Befugnisse keine Verbindung zu einem Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen haben können, sie stehen vielmehr jedem geschäftsfähigen Rechtssubjekt zu.

Ein umfassendes Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen gibt es nicht[237].

Das Verwaltungsrecht der genannten Bestimmungen kann den mit dem Konkursfall und der Nachlaßverwaltung eintretenden Zustand veranschaulichen, einen zusammenfassenden Ausdruck formen. Man muß sich aber bewußt bleiben, daß sich daraus keine Konsequenzen ergeben, diese folgen immer erst den einzelnen Rechtshandlungen[238]. Dies berücksichtigt m. E. richtig die Auffassung[239], nach der das Verwaltungsrecht nicht als ein besonderes Recht, sondern als Summe von Befugnissen aufzufassen ist, von Befugnissen, die unter die Kategorie der Beherrschungsrechte, Ansprüche und Rechtsänderungsrechte fallen.

Als Ergebnis zu § 9 halte ich fest:

Die Überlassung zur Rechtsausübung wurde auf ihre wahre Bedeutung zurückgeführt. Mit der Erkenntnis, daß sich dahinter die altbekannten Rechtsformen der Miete, Pacht, Leihe usw. verbergen, büßt sie die magische Kraft ein, für alle Arten der Ermächtigung die dogmatische Begründung liefern zu können[240].

Die angebliche Verwandtschaft zu § 185 BGB löst sich auf. Weil der Ausübungsberechtigte über das überlassene Recht nicht verfügen kann, kann § 185 BGB kein Anwendungsfall der Überlassung sein[241]. Damit finde ich die in § 7 vertretene Auffassung bestätigt.

---

237 *Krückmann*, Festschrift für das RG III, S. 97 / *Heinemann*, Gruchot 70, 509 f., insbes. S. 510 / *von Brunn* a. a. O., S. 44 / *Köhler* a. a. O., S. 20.
Selbst *Hellwig*, Lehrbuch I § 49 IV, S. 323, auf den sich *Ludewig* teilweise stützt (a. a. O., S. 38), schränkt die Bedeutung des Verwaltungsrechts erheblich ein: „Es kann von den Privaten nicht beliebig erzeugt werden, sondern findet sich nur in bestimmten vom Gesetz geordneten Fällen." Vergl. auch *Hellwig*, Rechtskraft, § 8, S. 75 f.

238 *Köhler* a. a. O., S. 20

239 *von Tuhr*, § 18 IV, S. 328 / *En.-N.* 13. Aufl., 1931, § 68 Anm. 4, S. 208 / *Heinemann*, Gruchot 70, 510: „Soweit von einem Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen die Rede sein soll, kann es sich hiernach lediglich um einen Sammelbegriff für sämtliche Befugnisse eines Rechtssubjekts unabhängig von ihrer Quelle handeln."

240 So aber *Ludewig* a. a. O., S. 36

241 So *Ludewig* a. a. O., S. 36; *Zitelmann* AcP 99, 68, Vergl. weiter *von Tuhr* II 1, S. 71 insbes. Anm. 69 und *Löbl*, AcP 129, S. 279.
Vergl. dagegen *Oertmann* § 185 Anm. 3.

III. Abschnitt

# DIE VERPFLICHTUNGSERMÄCHTIGUNG

## § 10:

### *Der Stand der Meinungen*

Die Rechtslehre versagt der Verpflichtungsermächtigung in der oben S. 3 im Text dargestellten Form ganz überwiegend die Anerkennung[242].

Nicht anders ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu werten[243]. Die bekannte Entscheidung vom 25. 9. 1912 in RGZ 80, 395 f. hat m. E. nicht die weitreichende Bedeutung, die man ihr z. T. zuschreibt. Der Bundesgerichtshof hat sich grundsätzlich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen[244], offensichtlich bemüht er sich aber eine endgültige Stellungnahme zu vermeiden.

Die Verpflichtungsermächtigung hatte zunächst nur wenige Anhänger gefunden[245], jedoch in neuerer Zeit hat die Lehre durch die Arbeiten von *Dölle*[246] und *Bettermann*[247] neuen Auftrieb erhalten[248].

Auch *Larenz*[249] äußert sich positiv zur Verpflichtungsermächtigung.

## § 11:

### *Begründung nach §§ 182 f. BGB*

Unmittelbar läßt sie sich aus dem Gesetz nicht herleiten.

Der Grundsatz der Überlassung der Rechtsausübung ist schon deshalb nicht geeignet, sie dogmatisch zu stützen, weil die Möglichkeit oder Fähig-

242 *von Tuhr* II 1 § 60 III, S. 376 / *Krückmann*, Festschrift für das RG. III, S. 81 / *Raape*, Iher J. 71, 100 f. / *Lenel*, DJZ 1913, S. 885 / *Schultz*, JW 24, 809 / *Lent*, Festschrift f. d. RG IV, S. 303 / *Lent* ZZP 62, 183 f. / *Siber*, Schuldrecht, S. 208 / *Planck-Siber*, vor § 328 V 2 / *Warneyer*, Kom. § 305 I / *En.-L.* § 34 V, S. 148 / *En.-N.* § 204 I 3 b, S. 1236 / *Erman-Groepper* § 305, 1 b / *Erman-Westermann*, Bem. 4 vor § 328 / *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht II § 21 I Anm. 2 a / *Hueck - Nipperdey - Tophoven*, Kom. Tarifvertragsges. § 1 Anm. 16 und 94 / *Köhler* a. a. O., S. 25 / *Lehmann* Allg. Teil § 37 VI 2, S. 316 f. / RGRK § 185 Anm. 31 / *Siebert* a. a. O., S. 237, 255 f. / *Soergel-Siebert* I, § 185 Bem. 25 / *Staudinger-Coing*, Vorbem. 63 c vor § 164, § 185 Anm. 9 (vergl. aber zu § 182 Anm. 9) / *Staudinger-Werner* IV, 1 a vor § 328.

243 RG, JW 24, 809 f. (13. 10. 1923). Vergl. auch RGZ 111, 178

244 Vergl. BGH, IV. Senat vom 22. 5. 1957 in LM Nr. 6 und I. Senat vom 26. 6. 1958 in LM Nr. 9 zu § 185 BGB u. V. Senat v. 21. 12. 60 = NJW 61, 499 f.

245 *Ludewig* a. a. O., S. 4 und 72 f. / *Enneccerus*, Allg. Teil, 12. Aufl., 1928 § 175 I 2 b / vergl. noch *Rosenberg*, Stellvertretung im Prozeß, S. 132 Anm. 1; *Oertmann*, Verträge auf Handlungen dritter Personen, in Festschrift für *Zitelmann*, S. 27 und Kom. § 182, 2 b ß; *von Spreckelsen* a. a. O., S. 41; *Böckel*, HdRW II, S. 335

246 A. a. O., S. 278

247 JZ 51, 321 f.

248 Die Einschränkungen, die beide Schriftsteller machen, ändern zunächst nichts an der Tatsache, daß nach ihrer Meinung eine Zustimmung den Zustimmenden einem Dritten gegenüber verpflichten solle.

249 Schuldrecht I, § 16 IV, S. 165 und in allen Vorauflagen. *Larenz* begründet seine Meinung nicht, er meint nur, sie sei analog zu § 185 BGB zulässig.

keit, eine bestimmte Verpflichtung einzugehen, kein Recht ist, das überlassen werden könnte[250], und weil es ein weitergehendes Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen nicht gibt, welches die Verpflichtungsbefugnis mit umfassen könnte. Was es nicht gibt kann aber einem anderen nicht zur Ausübung überlassen werden. Ob eine solche Überlassung zulässig wäre und mit welchen Wirkungen, brauche ich deshalb nicht zu prüfen[251].

Sie läßt sich auch nicht unmittelbar auf die §§ 182–184 BGB gründen[252]. Das Reichsgericht hat sich in RGZ 80, 395 f. (399) auf diese Normen berufen, doch wird sich zeigen, daß das Reichsgericht damit nicht ausgesprochen hat, der Zustimmende werde dem Dritten gegenüber unmittelbar verpflichtet.

Dies anzunehmen, läßt der Wortlaut des § 182 I BGB nicht zu: „Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines einseitigen Rechtsgeschäftes, das einem anderen gegenüber vorzunehmen ist, von der Zustimmung eines Dritten ab, so . . .“ Die Vorschrift setzt also andere Normen voraus, die erklären, wann die Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten abhängt[253].

Sie – wie die §§ 183, 184 BGB – zeigt sich als typische Norm des Allgemeinen Teils. An vielen Stellen verlangt das Gesetz eine Zustimmung[254]. Es wäre wenig sinnvoll, müßte dort jeweils ausgeführt werden, wie die Zustimmung zu erklären ist und wie sie wirkt. Die Methode, Rechtssätze nur einmal auszusprechen, vom Allgemeinen zum Besonderen aufzubauen, haben die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches anerkanntermaßen virtuos gehandhabt. Mir will scheinen, die §§ 182–184 BGB geben darin besten Anschauungsunterricht.

Träfe diese Ansicht zu[255], so wären die Zustimmungsfälle des § 185 BGB überflüssig, also beweist gerade § 185 BGB das Gegenteil.

Aus der oben S. 14 dargestellten Interessenlage ergibt sich, daß der Gesetzgeber auf die Regelung des § 185 BGB (Zustimmung) hätte verzichten können, die Verfügung wäre unwirksam und der Berechtigte müßte sie selbst oder durch einen Stellvertreter neu vornehmen, wenn ihm daran gelegen wäre. Eine Rechtsordnung muß sich aber bemühen, den Verkehrsbedürfnissen soweit wie möglich entgegenzukommen und darf die Beziehungen der Rechtsgenossen nicht unnötig komplizieren.

Dieser Überlegung dürfte der § 185 – soweit er sich auf die Zustimmung bezieht – mit seine Entstehung verdanken. Vorausgehen mußte also für den

---

250 Vergl. oben S. 26 und Anm. 172

251 Vergl. zur Übertragbarkeit der subjektiven Verwaltungsrechte: *E. Cohn*, ZHR 92, 353.

252 So *Ludewig* a. a. O., S. 29 und oben Anm. 174. Seine Beweisführung geht also in doppelter Richtung: er glaubt, die Verpflichtungsermächtigung habe in den §§ 182 f. ihre gesetzliche Grundlage; insoweit bedarf es des Grundsatzes der Überlassung der Rechtsausübung nicht. Doch hält er letzteren allein für geeignet, alle Formen der Ermächtigung, insbesondere aber die Einziehungsermächtigung, zu begründen. Vergl. weiter i. d. S.: *Oertmann*, Festgabe für *Ernst Zitelmann*, S. 27 und Komm. § 182, 2 b ß; *Bettermann*, JZ 51, 321 unter Hinweis auf RGZ 80, 395 f.; *Stoll*, Diss., S. 56, 57

253 *Planck-Siber* V 2 vor § 328; *Bettermann* a. a. O., S. 322.

254 Vergl. oben S. 7 und 8 und die Zusammenstellung bei *Staudinger-Coing* § 182, 3 A.

255 Vergl. oben zu Anm. 252

Gesetzgeber die Wertung der Interessen. Er konnte auf die erneute Vornahme der Verfügung im Interesse des Dritten verzichten und hat es getan, indem er den § 185 BGB (Zustimmung) schuf.

Wenn sich der Gesetzgeber entschlossen hat, die Zustimmung des Berechtigten für ausreichend zu halten, damit das Geschäft des Nichtberechtigten wirksam sei, dann normieren die §§ 182–184 BGB Technik und Wirkung der Zustimmung, aber erst, nachdem vorab bestimmt wurde, daß die Zustimmung überhaupt nützen kann[256].

Man kann deshalb auch nicht der Ansicht *Oertmanns*[257] beipflichten, § 185 BGB schaffe eine Sondernorm für Verfügungen, welche der Anwendbarkeit der §§ 182–184 BGB zwar nicht entgegenstehe, sie aber für ihr Gebiet zurückdränge, dagegen fände bei Verpflichtungsgeschäften § 182 BGB Anwendung[258].

Wer so argumentiert, setzt voraus, was erst zu beweisen ist.

## § 12:

*Läßt sich aus einzelnen gesetzlichen Regeln ein allgemeines Prinzip herleiten?*

Dagegen stehen zwei Wege offen, auf denen man der Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung näher kommen könnte. Den einen hat, wohl erstmals in dieser Schärfe für die Verpflichtungsermächtigung, *Bettermann*[259] beschritten, wenn er aus Einzelregeln auf ein allgemeines Prinzip schließen will.

Dabei müssen zwei Fragen beantwortet werden:

1. Finden sich in der Rechtsordnung Beispiele, in denen A. einem Dritten unmittelbar verpflichtet wird, wenn X. im eigenen Namen aber mit Einwilligung des A. eine Verpflichtung begründet hat?
2. Läßt sich daraus ein allgemeines Prinzip herleiten?

Ließe sich dieses Prinzip finden, so stünde nichts im Wege, dann die §§ 182 f. anzuwenden. Vorher aber bleibt der Hinweis auf die §§ 182 f. vordergründig und am Formellen haftend.

Es erscheint notwendig, die erste Frage in der gewählten Form zu stellen. *Bettermann*[260] formuliert zunächst allgemein: „Daß schuldrechtliche Verträge, die im eigenen Namen abgeschlossen sind, obligatorische Wirkung

256 Vergl. *Planck-Siber* V 2 vor § 328 BGB / *Siebert* a. a. O., S. 256. Zu nennen ist auch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 96. Er spricht von „Drittzuständigkeiten", die folglich erst begründet sein müssen. / Vergl. auch RG in JW 1924, 809.

257 Kom. § 182, 2 b.

258 Ähnlich RGRK (Kuhn) § 182 Anm. 10: „Das Anwendungsgebiet des § 182 BGB umfaßt Verträge und einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen, während § 185 BGB hinsichtlich der Verfügungen Nichtberechtigter eine Sonderbestimmung gibt." Doch dürfte der nachfolgende Satz in dem hier vertretenen Sinne zu verstehen sein: „Voraussetzung ist immer, daß gerade die Wirksamkeit eines Vertrages von der Zustimmung eines Dritten abhängt."

259 JZ 51, 321 f.

260 A. a. O., S. 321 linke Spalte

gegen Dritte äußern, ist dem geltenden Privatrecht, insbesondere dem BGB, durchaus bekannt."

Die Tatsache solcher Gestaltung, die nicht ernstlich bestritten werden soll, besagt aber zu dem anstehenden Problem noch nichts[261]. Schließen und folgern könnte man nur aus den Fällen, wo eine Zustimmung den Zustimmenden kraft Gesetzes einem Dritten unmittelbar verpflichtet.

Die wesentlichen Beispiele *Bettermanns* sollen die Probe liefern.

1. § 1375 alter Fassung[262] schließt schon seinem Wortlaut nach die Möglichkeit aus, daß der Mann durch Handeln im eigenen Namen seine Ehefrau mit deren Zustimmung unmittelbar persönlich verpflichten konnte. Darüber war sich die Rechtslehre einig[263].
   Bestritten war nur, ob die Frau durch ihre Zustimmung unmittelbar verpflichtet wurde, wenn der Mann in ihrem Namen gehandelt hatte[264], oder ob dies nur aufgrund einer Vollmachtserteilung geschehen konnte[265].
2. *Bettermann* verweist auf die §§ 1386–1388 BGB a. F. Der Ehemann haftete nach § 1388 BGB a. F. den Gläubigern seiner Frau neben ihr als Gesamtschuldner, soweit er der Frau gegenüber nach Maßgabe der §§ 1386, 1387 BGB alt. F. deren Verbindlichkeiten zu tragen hatte. Seine Haftung gründete sich aber nicht auf eine Zustimmung, wie die unter sich verschiedenen Fälle der §§ 1386, 1387 BGB a. F. zeigen. Die Vorschriften haben keinen Vergleichswert. Sie können höchstens den allgemeineren Satz erweisen, daß schuldrechtliche Verträge, obwohl im eigenen Namen geschlossen, Wirkungen gegen Dritte äußern können[266].
3. Der § 1399 BGB a. F. unterschied sich erheblich von der Verpflichtungsermächtigung. Die Frau will sich selbst verpflichten, nicht etwa ihren Mann. Ihr eingebrachtes Gut unterfiel aber der ehemännlichen Verwaltung und sollte nach dem Willen des Gesetzes in seinem Bestand erhalten werden. Aus diesem Grunde hinderte das Fehlen seiner Zu-

---

261 *Bettermann* räumt selbst ein (a. a. O., S. 321, 322), es handle sich teilweise nur um Reflexwirkungen, um Fremdwirkungen, die nicht von den Parteien gewollt seien, sondern als unbeabsichtigte Nebenfolge eintreten.

262 Zur Entstehungsgeschichte vergl. *H. Siber* in *Iher. J.* 67, 138. f. und *Isay*, Die Geschäftsführung nach dem BGB, S. 186.

263 *Enneccerus-Kipp - Wolff*, Familienrecht, 7. Aufl., § 49, S. 201 / *Planck*, Komm. IV 4. Aufl., Vorbem. 3 vor § 1373 / *Staudinger*, Komm. IV, 9. Aufl., § 1375, 2 c / *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, § 42 a I, S. 300 / *Lent*, in Festschrift f. d. RG VI, S. 303 / *Erman-Gerstberger*, § 1375, 2 A Anm. 2. Vergl. noch *Planck-Siber*, Komm., V 2 vor § 328.

264 So *Staudinger*, Kommentar IV § 1375, 2 c / *Planck*, Kommentar IV, Vorbem. 3 vor § 1373 und § 1375 Anm. 2 / RGRK *(Buchwald)* § 1375 Anm. 1 / vergl. noch RG, JW 1924, 809

265 So, m. E. gesetzessystematisch richtig (vergl. oben S. 7): *Enneccerus - Kipp - Wolff* a. a. O. / Hellwig a. a. O. / wohl auch *Lent* a. a. O., der Handeln im Namen der Frau dem Handeln als Vertreter gleichstellt.

266 Vergl. oben S. 39.

stimmung eine unbeschränkte Vollstreckung in dieses Gut. Seine Zustimmung beseitigte dieses Wirkungshindernis. Er selbst wurde nicht verpflichtet, auch nicht sein eigenes Vermögen haftete, sondern nur das der Frau, an dem ihm lediglich ein Verwaltungsrecht zustand.

4. Den §§ 1444, 1445, 1446 BGB a. F. entsprechen die §§ 1423, 1424, 1425 BGB n. F. Auch hier wurde durch ein Eigengeschäft des Mannes, bzw. wird durch ein Geschäft des das Gesamtgut verwaltenden Ehegatten der andere Ehegatte nicht persönlich verpflichtet[267].

5. Nach § 1437 II BGB (entsprechend dem § 1459 BGB a. F.) haftet der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, auch persönlich als Gesamtschuldner.
§ 1438 BGB (entspr. dem § 1460 BGB a. F.) bestimmt, unter welchen Voraussetzungen das Gesamtgut für eine Verbindlichkeit haftet und damit zugleich, wann der verwaltende Ehegatte persönlich als Gesamtschuldner haftet.
Er haftet u. a. dann persönlich, wenn der nichtverwaltende Ehegatte ein Rechtsgeschäft vornimmt, zu dem der Verwalter seine Zustimmung erklärt hat.
Zunächst erscheint dies einer der gesuchten Fälle zu sein. Doch haftet der Ehegatte nicht nur, wie bei der Verpflichtungsermächtigung, aufgrund seiner Zustimmung, sondern unter zwei Voraussetzungen:
Er muß in allgemeiner Gütergemeinschaft leben und zugestimmt haben. Seine Haftung leitet sich weit mehr von der allgemeinen Gütergemeinschaft her, denn von der Zustimmung. Das zeigt sich daran, daß er auch persönlich ohne Zustimmung für Verbindlichkeit aus unerlaubter Handlung des anderen Ehegatten und für dessen auf Gesetz beruhenden Unterhaltsverbindlichkeiten, ebenso für Verbindlichkeiten, die der andere Ehegatte vor Eintritt der Gütergemeinschaft begründet hat, haftet[268].
Daß die persönliche Haftung zuvorderst in der allgemeinen Gütergemeinschaft begründet ist, wird allenthalben betont[269]. So führen *Erman-Gerstberger* zu § 1459 BGB a. F. aus: „Die persönliche Haftung des Mannes rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß ihm ein fast unbeschränktes Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Gesamtgut zusteht und daß er ohne diese Haftung seine Schulden aus dem Gesamtgut bezahlen kann, die der Frau unbezahlt lassen könnte[270]."
Endlich hat die Zustimmung verschiedene Wirkung, je nachdem, ob sie

---

267 Vergl. *Krüger - Breetzke - Nowack*, Kom. zum Gleichberechtigungsgesetz, § 1424 Anm. 2, und *Erman-Finke*, § 1423 Anm. 5.

268 Vergl. *Staudinger-Engelmann*, Kommentar § 1459 VI a ß

269 *Staudinger*, a. a. O. § 1459 Anm. 3 / *Enneccerus - Kipp - Wolff*, Familienrecht, § 64 IV 2, S. 254 / *Beitzke*, Familienrecht, § 15 IV, S. 91 / RGRK § 1437 Anm. 14 / vergl. noch Motive IV zu § 1359, S, 367.

270 § 1459 Anm. 2

der nichtverwaltende oder der verwaltende Ehegatte abgibt (§ 1423 f., 1437 f. BGB)[271].

Die Wirkung der Zustimmung ist so sehr auf die allgemeine Gütergemeinschaft zugeschnitten, daß man schwerlich daraus einen allgemeinen Rechtsgedanken herleiten kann[272].

Die Vorschriften des ehelichen Güterrechts sind auf den typischen Tatbestand der Ehegemeinschaft zugeschnitten und eher praktischen als systematischen Erwägungen entsprungen[273].

6. Nicht anders verhält es sich mit der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB). Die Norm mag ein Beispiel sein, wie durch Handeln im eigenen Namen ein anderer unmittelbar verpflichtet wird, sicher aber keines dafür, daß eine Zustimmung diese Rechtswirkung herbeiführt, denn die Rechtsfolge tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein. Der Mann kann im Ergebnis die Schlüsselgewalt der Frau nur ausschließen oder beschränken, wenn ein ausreichender Grund besteht.
7. Auch der Versicherungsvertrag für fremde Rechnung ist kein Fall der Zustimmung, denn es kommt nicht darauf an, ob der Versicherte zugestimmt hat[274]. Wohl aber können den Versicherten Obliegenheiten treffen (§ 79 I VVG), denn es stehen Kenntnis und Verhalten des Versicherten der Kenntnis und dem Verhalten des Versicherungsnehmers gleich, wenn der Vertrag mit seinem Wissen geschlossen worden ist (§ 79 II VVG).

   Selbst wenn man mit *Esser*[275] die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten als echte Rechtspflichten kennzeichnet, „bei denen statt der Schadenersatzpflicht eine andere Sanktion in den Vordergrund tritt, nämlich die eigene Rechtsverwirkung und die entsprechende Befreiung der Gegenseite so ist aber festzuhalten, daß der Versicherer eine Erfüllung der Obliegenheiten durch den Versicherten nicht erzwingen kann[276], eine Leistung nicht fordern kann, so wie etwa der Käufer den Anspruch auf Übereignung der verkauften Sache oder der Versicherer den Anspruch auf die Prämienzahlung gegen den Versicherungsnehmer geltend machen kann.

   Die Lehre von der Verpflichtungsermächtigung nimmt aber gerade eine unmittelbare Verpflichtung des Zustimmenden gegenüber dem Dritten an.

---

271 Vergl. *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 97

272 Schon deshalb erscheint es nicht erforderlich, die weitere Frage anzuschneiden, ob und mit welchen Folgen § 1437 II BGB zwischen Schuld und Haftung unterscheidet. — Vergl. einerseits *von Tuhr* Allg. Teil I § 4 VI, S. 114, andererseits *Enneccerus - Kipp - Wolff*, Fam.Recht, § 64 I.

273 Vergl. *von Brunn* a. a. O., S. 44.

274 Vergl. *Bruck*, Das Privatversicherungsrecht, 1930, S. 603.

275 Schuldrecht, § 28, 5 b

276 *Kisch*, Handbuch des Versicherungsrechts, III. Bd., 1922, § 58, S. 381
Vergl. dazu *En.-L.*, § 2 Anm. 1: „Sind an die Nichtvornahme einer Handlung nur Nachteile oder an die Vornahme Vorteile geknüpft, ohne daß eine Verpflichtung zur Handlung besteht, so liegt keine Forderung oder Verpflichtung vor."

Auch das versicherungsrechtliche Schrifttum betont, daß es einen Vertrag zu Lasten Dritter nicht gebe[277].

8. Ebenfalls vermag ich aus § 556 III BGB keinen Hinweis auf die Wirkung einer Zustimmung zu entnehmen. Der Rückgabeanspruch gegen den Untermieter entsteht unabhängig davon, ob der Vermieter in die Untervermietung eingewilligt hat oder nicht[278].

9. Mag bei der Schuldübernahme die Verfügungs- oder Angebotstheorie zutreffend sein, so unterscheiden sich doch diese Fälle, wie auch der Schuldbeitritt, von der Verpflichtungsermächtigung dadurch, daß sich der neue Schuldner nicht durch eine Zustimmung verpflichtet, sondern entweder durch Vertrag zugunsten Dritter[279] oder nach der Angebotstheorie direkt gegenüber dem Gläubiger durch Vertrag.

10. *Bettermann* verweist mit Nachdruck auf den § 2 IV TVG. Soweit die Vorschrift die angeschlossenen Verbände für die von den Spitzenorganisationen in eigenem Namen abgeschlossenen Tarifverträge mit haften lasse, dürfe sie als eine gesetzliche Anerkennung der Verpflichtungsermächtigung betrachtet werden; die Ermächtigung sei in der Satzung erteilt, weshalb § 2 III TVG die Tarifvertragsfähigkeit der Spitzenorganisationen davon abhängig mache, daß der Abschluß von Tarifverträgen zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehöre.
Nach dem Gesetzeswortlaut begründet die Spitzenorganisation eine Haftung der angeschlossenen Verbände. Rechtswirkungen belastender Art werden auf am Vertrage nicht Beteiligte erstreckt. Das wird man ernstlich nicht bestreiten können. Wie bei den familienrechtlichen Vorschriften spricht das Gesetz von „Haftung" und vermeidet den Ausdruck „Verpflichtung". Es will scheinen, als ob *Nipperdey* diesem Umstand Bedeutung beimesse. An verschiedenen Stellen[280] betont er, einen Vertrag zu Lasten Dritter könne es nicht geben, setzt sich aber mit dem Problem, das sich mit § 2 IV TVG stellt, nicht auseinander.
Wie bei dem unter Ziffer 5 erörterten Fall kann die Unterscheidung auf sich beruhen. Denn die Bestimmung eignet sich m. E. nicht dafür, daraus allgemeine Schlüsse zu ziehen. § 2 IV TVG paßt sich einer typischen Interessenlage an, die Anlaß zu der eigenartigen Ausformung war. Maßgebend war die finanzielle Struktur der Verbände im Arbeitsleben. Die größeren Vermögensmassen für einen Haftungszugriff sammeln sich bei den angeschlossenen Verbänden und nicht bei den Spitzenorganisationen, die regelmäßig auf „Matrikularbeiträge" angewiesen sind.
Auch die Regel, die Spitzenorganisation hafte, wenn sie im Namen der

---

277 *Prölss*, VVG, § 75 Anm. 3 / *R. Raiser*, Kommentar d. allg. Feuerversicherungsbed., 2. Aufl. 1937, § 13 Anm. 26 / *Ehrenzweig*, dt. — (österr.) Versicherungsvertragsrecht 1952, S. 216.

278 *Larenz*, Schuldrecht II, § 44 II b, S. 122 und *Erman-Schopp* § 556 III.

279 Vergl. *En.-L.* § 84 IV 2 a, S. 336

280 Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Bd., § 21 I 1 b, S. 313; § 23 VIII 1, S. 350; § 38 VI, S. 509 und in *Hueck - Nipperdy - Tophoven*, TVG § 1 Anm. 16 und 94

ihr angeschlossenen Verbände abschließt[281], also als Stellvertreterin, neben diesen – obwohl für das ganze Stellvertretungsrecht anerkannt ist, daß der Vertreter gerade nicht Vertragspartei wird – erhellt, daß der Gesetzgeber konstruktive Bedenken gegenüber einem rechtspolitischen Erfordernis zurückgestellt hat, was er ja ohne weiteres tun kann[282].

11. *Dölle*[283] führt neben § 185 BGB den § 2206 BGB an. Sie sprächen positivrechtlich „im Wege der Analogie für die Zulässigkeit einer Verpflichtungsermächtigung in dem Sinne, daß der im eigenen Namen Verpflichtungsgeschäfte Vornehmende nicht nur sich, sondern daneben auch den Ermächtigenden zu verhaften imstande ist."
Der Testamentvollstrecker handelt aber kraft gesetzlicher Rechtsmacht[284], nicht kraft Zustimmung des Erben. Die in § 2206 II BGB aufgestellte Verpflichtung des Erben zur Zustimmung hat ihren hauptsächlichen Zweck darin, daß der Erbe nachher den Testamentsvollstrecker nicht gemäß § 2219 BGB haftbar machen kann[285].
Eine Zustimmung des Erben berechtigt den Testamentsvollstrecker nicht, den Nachlaß zu verpflichten, wenn sein Anspruch auf Zustimmung nach § 2206 II BGB zweifellos nicht begründet ist[286].

12. § 81 III ZVG sieht für den Fall, daß jemand im Termin für einen anderen geboten hat, zwei Möglichkeiten vor, nach denen direkt dem Hintermann der Zuschlag zu erteilen ist.
Entweder muß die Vertretungsmacht des Meistbietenden oder die Zustimmung des anderen offenkundig sein oder nachgewiesen werden.
Der Bieter hat also zunächst im eigenen Namen für sich geboten, dem stimmt der Hintermann zu und damit ist diesem der Zuschlag zu erteilen mit der Folge, daß Meistbietender und Ersteher als Gesamtschuldner haften. (§ 81 IV ZVG).
Hier löst, das ist nicht zu leugnen, die Zustimmung eine Haftung des Zustimmenden aus.
Wiederum ist diese Regel von der Interessenlage her diktiert und nicht verallgemeinerungsfähig, sie entspricht den besonderen Erfordernissen des Zwangsversteigerungsverfahrens. Dies umsomehr, als die rechtstechnische Ausgestaltung sich von der üblichen Konstruktion der Rechtsgeschäfte abhebt.
„Das Meistgebot ist danach kein Teil eines im Versteigerungstermin beurkundeten Rechtsgeschäfts, sondern nur Grundlage für den die

---

281 Dazu *Herschel*, JZ 52, 26, und *Bettermann*, JZ 51, 325. *Bettermann* spricht von eigenartiger Vertretermithaftung.

282 Auf den Außenseitercharakter des § 2 IV TVG weist auch Lehmann, Allg. Teil § 37 VI 2, S. 317 und in *En.-L.* § 34 V., S. 148 hin.

283 A. a. O., S. 278.

284 *Dölle* a. a. O., S. 278: „durch Gesetz ermächtigt".

285 Vergl. *Staudinger-Dittmann*, § 2206 Anm. 13 und 15; *v. Lübtow*, Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers, JZ 60, 156

286 RGZ 74, 219 / *Staudinger-Dittmann*, a. a. O., Anm. 15 / vergl. noch *Siber* in *Iher. J.* 67, 134 und *v. Lübtow* a. a. O., S. 156.

zwangsweise Veräußerung abschließenden Zuschlagebeschluß. Das Recht des Meistbietenden auf Zuschlagserteilung ist nicht wie ein schuldrechtlicher Anspruch einklagbar, da es an einem Vertragsverhältnis zum Bieter fehlt[287]."

Noch deutlicher weisen *Schönke-Baur*[288] auf die besondere Gestaltung des Verfahrens hin: „Gebot und Zuschlag bewirken keinen privatrechtlichen Kauf, sondern einen „kaufähnlichen" öffentlich-rechtlichen Vertrag. Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB über Rechtsgeschäfte und Verträge sind nicht anwendbar."

Die erwähnten Beispiele vermögen die Verpflichtungsermächtigung nicht zu stützen. Die wenigen eine der Verpflichtungsermächtigung ähnliche Gestaltung aufweisende Fälle deuten nicht auf ein allgemeines Prinzip, sind vielmehr Ausfluß besonderer Interessenlagen.

## § 13:

## *Analogie zu § 185 BGB?*

Dagegen bleibt noch der zweite Weg[289] zu prüfen, ob nicht der Rechtsgedanke des § 185 BGB, dort eindeutig auf Verfügungen beschränkt, auf Verpflichtungsgeschäfte entsprechend angewandt werden kann[290].

Der Gesetzgeber hat das Prinzip bewußt auf Verfügungen beschränkt. Neben dem Wortlaut zeigt dies die Vorgeschichte des § 185 BGB. In § 185 BGB wurden verschiedene Einzelbestimmungen des Entwurfs, nämlich die §§ 309, 830, 876 I zum allgemeinen Prinzip erhoben[291], [292].

---

287 *Ruhl - Drischler - Mohrbutter*, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, Seite 390.

288 *Schönke-Baur*, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht § 27 III 1 b, aa

289 Vergl. oben S. 39.

290 Die h. L. lehnet dies ab.
*Lent* a. a. O., S. 183 f. / *Raape, Iher J.* 71, 103 / *Jander*, JW 1913, 472 / *Siebert* a. a. O., S. 255 / *Oertmann*, Komm. § 185 Ziff. 2 und 13 / *Planck-Siber* V 2 vor § 328 *En.-N.* § 143 II 2, S. 884 und § 204 I 3 b, S. 1237 / *En.-L.* § 34 V., S. 148 / *Lehmann*, Allg. Teil, § 37 VI 2, S. 317 / *Erman-Westermann*, 4 vor § 328 / RGRK § 185 Anm. 31 / *Soergel-Siebert*, § 185 Bem. 25 / *Staudinger-Coing*, § 185 Anm. 9. Vergl. noch die Angaben bei *Bettermann* a. a. O., S. 321 Anm. 2 und S. 322 Anm. 10 und *Ludewig* a. a. O., Seite 29
RG, JW 24, 809 / BGH LM zu § 185 Nr. 6
*Dölle* a. a. O., S. 278, hält eine positivrechtliche Analogie zu § 185 BGB in dem Sinne für richtig, „. . . daß der im eigenen Namen Verpflichtungsgeschäfte Vornehmende nicht nur sich, sondern daneben auch den Ermächtigenden zu verhaften imstande ist."
*Bettermann* a. a. O., S. 322 brandmarkt die Ansicht der h. L. als typische Begriffsargumentation.
Auch *Larenz*, Schuldrecht I § 16 IV, S. 165, erwägt eine Verpflichtungsermächtigung analog § 185 BGB.

291 § 309 des Entwurfs behandelte die Abtretung einer dem Abtretenden nicht zustehenden Forderung, § 830 die Eintragungsbewilligung, welche von einer zur wirksamen Erteilung der Bewilligung nicht berechtigten Person erteilt wird, § 876 die Veräußerung einer Sache, an welcher das Eigentum dem Veräußerer nicht zusteht.

Analoge Anwendung setzt eine im wesentlichen gleiche Interessenlage voraus. Der Grundgedanke der entsprechend anzuwendenden Vorschrift muß auf den nicht geregelten Fall zutreffen und ein vernünftiges Ergebnis erzielen lassen[293].

Die Wertung kann man aber nur aus dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm entnehmen. Die zu § 185 BGB gefundenen Ergebnisse sollen deshalb noch einmal kurz angedeutet werden:

1. Die Zustimmung in § 185 BGB bezieht sich auf ein Eigengeschäft des Handelnden[294].
2. Die Zustimmung beseitigt ein Wirkungshindernis. Ein ohne die Zustimmung unwirksames Geschäft wird durch sie wirksam[295].
3. § 185 BGB zielt in erster Linie darauf ab, den Geschäftspartner des Verfügenden zu schützen[296].
4. Die Norm beruht auf dem Verbot des venire contra factum proprium und führt damit letztlich auf § 242 BGB zurück[297].

Wer mit Zustimmung eines anderen eine Verpflichtung eingeht, tätigt ein eigenes Geschäft, denn darin unterscheidet er sich vom Stellvertreter[298]. Dafür ist es gleichgültig, ob er die Zustimmung aufdeckt oder nicht.

Die Zustimmung zu einem Verpflichtungsgeschäft, das jemand im eigenen Namen schließt, beseitigt aber nicht ein Wirkungshindernis, denn das Geschäft ist auch ohne die Zustimmung wirksam[299].

Weil die Zustimmung bei einem eigenen Geschäft ein Wirkungshindernis ausräumt, könnte sie, übertragen auf die Verpflichtungsermächtigung, nur bewirken, daß der Vertrag zwischen den Parteien wirksam wird[300]. Das aber ist er ohnehin.

Die Zustimmung geht aber nach der Lehre von der Verpflichtungsermächtigung in ihrer Wirkung über den Rechtsgedanken des § 185 BGB hinaus und begründet unmittelbar eine Verpflichtung des Zustimmenden.

Ein so weit gehender Sinn läßt sich dem § 185 BGB aber nicht entnehmen. Weil die Zustimmung zu einem Verpflichtungsgeschäft weitergehende Wir-

---

Die Einwilligung (Zustimmung) des Berechtigten ließ die Abtretung, die Eintragungsbewilligung und die Veräußerung wirksam sein.

292 Einsicht vermittelt auch § 362 II BGB. Dort hat der Gesetzgeber zu erkennengegeben, inwieweit er eine entsprechende Anwendung des § 185 BGB für geboten hielt.
Vergl. unten Seite 60.

293 Vergl. *En.-N.* § 58 II 3, S. 341.

294 Vergl. insbes. oben S. 7 f., 11 f.

295 Oben S. 12, 15.

296 Oben S. 16 f.

297 Oben S. 17 f.

298 Vergl. oben S. 10 f.

299 Die Ausführungen beziehen sich zunächst nur auf den Fall, bei dem der Handelnde nicht zu erkennen gibt, er wolle nicht verpflichtet werden, die Verpflichtung solle vielmehr den Hintermann treffen, nicht also auf die sog. offene Verpflichtungsermächtigung.

300 Vergl. Staudinger-Coing, § 182 Anm. 3: „In §§ 182 f. ist nur die Rede von der Zustimmung zu Rechtsgeschäften eines anderen, die dieser gegenüber einem Dritten vornimmt, und die an sich, d. h. ohne die Zustimmung, rechtsunwirksam wären."

kungen zeitigt, erscheint die Beschränkung auf Verfügungen in § 185 BGB sachgerecht und nicht erweiterungsfähig, dem für das Zivilrecht so wichtigen Unterschied zwischen Verfügungen und Verpflichtungen[301] kommt auch hier entscheidende Bedeutung zu. Bei einer Verfügung ist eine abgeschlossene Rechtsänderung gegeben, sie hinterläßt, nachdem ihre Wirkung eingetreten ist, keine Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien[302]. Das Verpflichtungsgeschäft wirkt in die Zukunft und fordert Erfüllung.

Hätte der Gesetzgeber die eben gekennzeichneten Wirkungen der Zustimmung beilegen wollen, so hätte er dies ausdrücklich bestimmen müssen. Wie ausgeführt bieten die verschiedenen Einzelregeln dafür keinen Anhaltspunkt.

## § 14:

### *Die Verpflichtungsermächtigungs als konstruktives Problem – Fortsetzung zu § 13 –*

So zeigt sich die Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung in erster Linie als konstruktives Problem. M. E. wird das nicht genügend berücksichtigt, wenn man die Verpflichtungsermächtigung deshalb ablehnt, weil sie gegen das Offenheitsprinzip verstoße[303], denn ein Offenheitsprinzip kann es für die Zustimmung, weil sie sich auf ein eigenes Geschäft des Handelnden bezieht, begrifflich nicht geben[304]. Sobald man für die Zustimmungsfälle verlangt, das Offenheitsprinzip müsse beachtet werden[305] oder die Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung verneint, weil jener Grundsatz entgegenstehe, zeigt dies deutlich, daß der Rahmen, in den das BGB die Zustimmung gestellt hat, verlassen wurde.

Zahlreiche Schriftsteller lehnen deshalb eine der Verpflichtungsermächtigung entsprechende Gestaltung aus konstruktiven Überlegungen ab[306].

---

301 Vergl. dazu *von Tuhr* II 1 § 54 II, S. 250; *Siebert* a. a. O., S. 255.

302 So *von Tuhr* II 2 § 84 III Anm. 93.
Vergl. auch *Westermann,* Sachenrecht, § 3 II 2, S. 16, 17.

303 Vergl. oben S. 6 und Anm. 33.
Da *Nipperdey* in *En.-N.* § 204 I 3 b, S. 1236 entscheidend auf den Offenheitsgrundsatz abhebt, erklärt er folgerichtig: „nur die Annahme der Mitverpflichtung eines Dritten kraft Ermächtigung wäre mit dem Offenheitsgrundsatz vereinbar", dafür bestehe aber kein Bedürfnis.

304 Vergl. oben S. 11.

305 *Ludewig* a. a. O., S. 73

306 Vergl. *Planck,* Kommentar IV 1 Vorbem. 3 vor § 1373: „Aus der Natur des obligatorischen Rechtsgeschäfts ergibt sich aber, daß ein Dritter durch seine Zustimmung zu einem solchen Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres aus demselben verpflichtet wird."
*Lent:* ZZP 62, 184: „auch konstruktiv ist die Verpflichtung eines Dritten durch eine Erklärung im eigenen Namen unmöglich", und Seite 190: „Es ist sehr bezeichnend, daß es nur Rechte gibt, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen, aber kein einziges, im eigenen Namen andere Personen zu verpflichten."
*Lehmann,* Allg. Teil, § 37 VI 2: „Man kann nicht einem anderen zu einem im eigenen Namen zu schließenden Vertrag seine Zustimmung derart erteilen, daß man durch den Vertragsschluß unmittelbar selbst verpflichtet würde."
*Krückmann,* in Festschrift für das Reichsgericht III, S. 82: „Die Wirksamkeit des Vertrages i. S. des § 182 BGB ist die Wirksamkeit an sich überhaupt oder die Vollstreck-

Eine analoge Anwendung des § 185 BGB auf die Verpflichtungsermächtigung verbietet sich, weil die gewünschte Wirkung der Zustimmung von der in § 185 BGB normierten wesentlich abweicht.

Sie verbietet sich, gleichgültig ob es sich um eine verdeckte oder offene Verpflichtungsermächtigung handelt, ob sie den Ermächtigenden allein oder nur mitverpflichten soll.

Gegen die verdeckte Form spricht ein weiterer, aus § 185 BGB ersichtlicher Gedanke. Diese Norm will den Kontrahenten schützen. Bei Verfügungen erreicht das Gesetz auch diesen Erfolg[307], würde ihn aber, wollte es eine Verpflichtung des Zustimmenden zulassen und den Abschließenden befreien, d. h. nicht verpflichten, in sein Gegenteil verkehren[308].

Im ersten Fall vertraut der Dritte darauf, das Verfügungsgeschäft mit dem Verfügenden sei wirksam[309], im zweiten Fall vertraut er darauf, sein Geschäftsgegner werde auch sein Schuldner sein. Er müßte dann später zu seinem Erstaunen eine andere, u. U. recht finanzschwache Person als Schuldner hinnehmen, obwohl er, insbesondere bei Kreditgeschäften, grundsätzlich daran interessiert ist, zu wissen, wer sein Schuldner ist. *Lent*[310] meint zu Recht, kein Gläubiger wüßte mehr, wer sein Schuldner wäre.

Ich habe darzulegen versucht, daß § 185 BGB auf das Verbot des venire contra factum proprium zurückführt[311]. Als Ausfluß des Gebots vom Handeln nach Treu und Glauben gilt dieses Verbot für den gesamten Rechtsverkehr. So könnte man fragen, ob nicht von dieser Seite her der Zustimmung eine Bindungswirkung i. S. einer Verpflichtung des Zustimmenden zukommen soll, scheint es doch das Rechtsgefühl zu fordern, die einmal gegebene Zustimmung nicht als völlig irrelevant zu behandeln. Das scheinen auch die Anliegen von *Dölle* und *Bettermann* zu sein. Ihre Formulierungen

---

barkeit in ein bestimmtes Vermögen, niemals kommt jedoch eine persönliche Verpflichtung etwa nach dem Muster der Vollmacht in Frage."

Selbst *Oertmann* meint (Kommentar § 185 Ziff. 13): „Eine einseitige Machterteilung ohne Mitwirkung des Dritten kann den Ermächtigten nicht zum Gläubiger und den Ermächtigenden nicht zum Schuldner machen", wobei er sich jedoch in Widerspruch zu seiner Kommentierung zu § 182 BGB (2 b ß) setzt: „Will aber jemand durch ein eigenes Geschäft die Leistung eines Dritten versprechen, so bedarf er dessen Zustimmung, damit daraus eine wirksame Verpflichtung des Dritten entstehe." Ähnlich auch *Oertmann* in Festschrift für *Zitelmann*, S. 26.

Wohl auch im Sinne konstruktiver Bedenken dürfte die Äußerung *Nipperdeys* in *En.-N.* § 204 Anm. 21 zu verstehen sein: „Die Zustimmung zu schuldrechtlichen Verträgen, die ein anderer im eigenen Namen schließt, bindet den ermächtigenden Dritten nicht." Vergl. aber oben Anm. 303.

307 Vergl. dazu *Kroll*, Diss., S. 25.

308 Das berücksichtigen *Ludewig* a. a. O., S. 73 und *Bettermann* a. a. O., S. 326, indem sie eine Alleinverpflichtung des Zustimmenden, also ohne Mithaftung des Handelnden nur dann zulassen, wenn die Verhältnisse offengelegt werden.
Vergl. auch Dölle a. a. O., S. 277.

309 *Lent*, ZZP 62, S. 184: „So liegt die Wirksamkeit dieser Verfügung gerade im Interesse des Erwerbers."

310 a. a. O., S. 184

311 Vergl. oben S. 17 f.

lassen erkennen, daß sie in dem eben angeführten Gedanken die entscheidende Rechtfertigung der Verpflichtungsermächtigung sehen, obwohl beide Rechtslehrer, wie erwähnt, die Verpflichtungsermächtigung mittels positivrechtlicher Analogie begründen wollen. So meint *Bettermann*[312], es sei nötig, den zustimmenden Dritten in dem Umfange haften zu lassen, in dem er der fremden Verpflichtungserklärung zugestimmt habe, was sich schon aus dem Verbot widersprechenden Verhaltens ergebe[313].

*Dölle*[314] findet es unverständlich, warum derjenige, der einen anderen ermächtigt habe, im eigenen Namen eine Verpflichtung zu begründen, nicht auch unmittelbar dem Gegner verpflichtet sein solle.

Solche Begründung verläßt den der Zustimmung im BGB gezogenen Rahmen und stellt eine Rechtsfortbildung dar. Darum muß sie auch das Offenheitserfordernis als notwendige Korrektur fordern. In dem sehr viel engeren Bereich, in dem das BGB der Zustimmung Rechtswirkungen beilegt, braucht die Frage nach einer Offenlegung der Verhältnisse überhaupt nicht gestellt werden.

Ob man in dieser Weise die Verpflichtungsermächtigung anerkennen kann, wage ich im Rahmen dieser Arbeit, die den dogmatischen Standort der Lehre von der Ermächtigung aufzeigen soll, nicht zu entscheiden.

Nur eine eingehende Wertung der Interessen und sorgfältige Prüfung des Bedürfnisses[315] wird eine Antwort geben können, wobei man noch bedenken muß, daß das Gesetz mit den Instituten der rechtsgeschäftlichen Vertretung und der Zustimmung ein festes Ordnungsschema gibt, das nicht ohne Not verwischt werden sollte[316]. Im Bereich der Verpflichtungsgeschäfte wird eine unmittelbar verpflichtende Zustimmung auch an § 305 BGB gemessen werden müssen.

Die Interessenbewertung wird prüfen müssen, ob es dem Parteiwillen entspricht, wenn die Rechte aus einem einheitlichen Geschäft beim Zustimmungsempfänger, die Verpflichtungen beim Zustimmenden begründet werden[317], und zwar gleichermaßen bei Allein- und Mitverpflichtung des Hin-Hintermanns.

*Franz Leonhard*[318] hat schon 1899 gegenüber den Versuchen im Stellvertretungsrecht interessengerechtere Lösungen zu finden[319], zur Vorsicht ge-

---

312 A. a. O., S. 322

313 Vergl. a. a. O., S. 322: „Wer zugestimmt hat, kann das, was er gebilligt hat, nicht später verleugnen, und zwar nicht nur gegenüber demjenigen, dem er seine Zustimmung erklärt hat, sondern auch gegenüber dessen Gegner, arg. §§ 167 I, 182 I, II BGB."

314 A. a. O., S. 278 Anm. 1.

315 *Siebert* a. a. O., S. 258 prüft das Bedürfnis und verneint es, weil das BGB „so mannigfache Gestaltungsformen einer Drittbeteiligung" kenne.
Ein Bedürfnis verneint auch der BGH in LM Nr. 6 zu § 185.

316 Gerade wenn es gilt, ein einzelnes Problem zu lösen, sollte man den Aufbau der Rechtsordnung nicht übersehen.

317 Vergl. *Ludewig* a. a. O., S. 4, 72 f. und unten S. 55.

318 Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 11 f.

319 Vergl. insbes. *Müller-Erzbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905.

mahnt und dabei ausgeführt: „Überhaupt aber ist die Zerreißung der Rechte und Pflichten bedenklich und unbillig für den, der nur verpflichtet werden soll[320]".

Auch die Art, in der das BGB die besonderen Schuldverträge konstruiert, läßt auf seinen Willen schließen, Rechte und Pflichten grundsätzlich gegenseitig entstehen zu lassen. Verpflichtung und Berechtigung erwachsen aus derselben Willenserklärung, die z. B. lautet: „ich kaufe" – „ich verkaufe". § 433 BGB bestimmt: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet . . .", ebenso leitet § 433 BGB die Pflichten des Käufers als selbständige Folgen aus dem Kaufvertrag her[321].

Immerhin kennt aber das Gesetz im Vertrag zugunsten Dritter eine ähnliche Aufspaltung.

Zum anderen wird man sich fragen müssen, ob man den Grundsatz von Treu und Glauben in so weitem Maße wird beanspruchen können. Grundsätzlich ist er nicht dazu bestimmt, selbständige Rechtsinstitute zu schaffen[322]. *Siebert*[323] warnt zu recht vor einer Überforderung, da das die Gefahr mit sich bringe „daß eine konkrete Begründung durch unbestimmte Schlagworte und Billigkeitserwägungen ersetzt wird."

Zwar hat § 242 BGB seine ursprüngliche Beschränkung auf die Art und Weise der Leistungsbewirkung durch den Schuldner längst verlassen[324], doch sollte man beachten, daß seine Anwendung nach ursprünglicher Systematik nicht dazu führen konnte, Hauptpflichten zu begründen, sein Sinn und Zweck demnach auch heute nicht darin bestehen kann, Leistungspflichten als Hauptpflichten aufzustellen[325].

Auf der anderen Seite weisen Lehre und Rechtsprechung auf die Funktion

---

320 A. a. O., S. 13
Seine Mahnung dürfte auch für die Verpflichtungsermächtigung gelten.
Vergl. auch *Siebert* a. a. O., S. 259, der wohl aber Zustimmung und Vollmacht nicht scharf auseinanderhält, wenn er meint, die Gestaltungsform der Verpflichtungsermächtigung könne es nicht geben, weil man nicht einen Teil einer einheitlichen Erklärung mit dem Willen der Fremdwirkung, einen anderen mit dem Willen der Eigenwirkung abgeben könne.

321 Vergl. dieselbe Methode in den §§ 535, 581, 611 und 631 BGB.

322 So *Soergel-Siebert*, § 242 Anm. 4.

323 In *Soergel-Siebert*, § 242 Bem. 3 und 4

324 Vergl. RGRK § 242 Anm. 1; *Soergel-Siebert* § 242 Anm. 38 f.; *Esser*, JZ 56, 255 f. und Schuldrecht, § 31, 1, S. 99.

325 Offenbar geht auch *Siebert* in *Soergel-Siebert* davon aus, wenn er für die Bedeutung des § 242 BGB stets auf die Nebenpflichten abhebt.
So etwa: „der klarste und unbedenklichste Anwendungsfall des § 242 liegt dann vor, wenn mit Hilfe dieser Generalklausel ergänzende Nebenpflichten begründet werden. Hier ist § 242 an eine spezielle Hauptpflicht oder eine (ausdrücklich geregelte) Nebenpflicht angelehnt." (Bem. 25 zu § 242).
Ebenso erwähnt er bei der Zusammenfassung der Wirkungsmöglichkeiten des § 242 BGB nicht die Begründung einer Hauptpflicht. (Vergl. Bem. 32 zu § 242). Endlich wird auch eine Hauptpflicht nicht in dem Abschnitt, der von der Begründung von Pflichten handelt, genannt, wohl aber eigenständige Nebenpflichten (Bem. 61 f. zu § 242).

des § 242 BGB hin, die Rechtsfortbildung zu tragen[326]. Der BGH[327] hat sich, um nur eine Entscheidung herauszugreifen, der Ansicht angeschlossen, daß ein Vertragsverhältnis nicht bloß durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß, sondern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch durch tatsächliche Vorgänge begründet werden könne. Der BGH hat sich also dafür ausgesprochen, daß jemandem über § 242 BGB eine Hauptverpflichtung erwachsen könne.

## § 15:

### *Mögliche Wirkungen der Zustimmung*

Bedeutet die Stellungnahme zur Verpflichtungsermächtigung im Grunde eine Wertung danach, wieweit man sich für befugt hält, der Zustimmung eine gegenüber dem BGB erweiterte Funktion zu geben, um eine bessere Fallgerechtigkeit zu erreichen, so scheint es mir doch möglich zu sein, daß man der Zustimmung eine schwächere Rechtswirkung zuerkennen kann, ohne sich mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch zu setzen. § 185 BGB scheint insoweit begrenzt analogiefähig.

Die Zustimmung beseitigt nach dem BGB ein Wirkungshindernis, ein ohne sie unwirksames Rechtsgeschäft ist wirksam. Für die Verpflichtung ist aber gerade wesentlich, daß sie ohnehin wirksam ist und keiner Zustimmung bedarf.

Die Zustimmung kann dann aber wieder die Funktion, ein Wirkungshindernis zu beseitigen, übernehmen, wenn Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in gewissem Umfang als Einheit gesehen werden.

Wurde die aufgrund einer Verpflichtungsermächtigung eingegangene Verbindlichkeit erfüllt, hat der Vertragspartner den Leistungsgegenstand erhalten, so liegt es nahe, den Zustimmenden an den mit seiner Zustimmung geschlossenen obligatorischen Vertrag für gebunden zu halten[328].

Das Verfügungsgeschäft wird in der Regel wirksam sein (über § 185 BGB oder weil der Zustimmende selbst die Leistung erbracht hat), doch ist das Gesamtgeschäft einer Rückforderung des Leistungsgegenstandes aus ungerechtfertigter Bereicherung ausgesetzt[329].

Diesen Bereicherungsanspruch sollte man dem Zustimmenden versagen.

Für die Begründung bieten sich zwei Wege:

---

326 Besonders *Esser*, Schuldrecht, § 31, 1 e, S. 101: Ermächtigung der Gerichte zur Ausbildung zeitgerechter neuer Rechtsinstitutionen.
*En.-N.* § 239 IV 1 c, S. 1443 / *Larenz*, Schuldrecht I, § 10, S. 90.

327 BGHZ 21, 319 f. (333 f.) / *Siebert*, Bem. 4 zu § 242, hält die Begründung für systematisch bedenklich.

328 A. A. offenbar *Siber*, Schuldrecht, S. 208: „Daß Verpflichtungsverträge über fremde Rechtsgüter, die mit Zustimmung des Berechtigten geschlossen sind, diesen dem Gläubiger zur Duldung der Erfüllung verpflichten, ist nicht geltendes Recht, doch finden sich dazu versteckte Ansätze in der Praxis."

329 *Raape, Iher. J.* 71, 97 f., läßt das unberücksichtigt, ebenso *Lehmann*, Allg. Teil § 37 VI 2 und *En.-N.* § 204 Anm. 21. Vergl. bes. *Kroll*, Diss., S. 90.

1. Die Zustimmung verpflichtet den Zustimmenden zwar nicht zur Leistung, gibt aber dem Vertragspartner des Ermächtigten dem Zustimmenden gegenüber eine iusta causa acquirendi, er braucht die empfangene Leistung nicht als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben[330].
2. Will man dem Empfänger aber keinen berechtigten Erwerbsgrund zugestehen, so muß man doch dem Leistenden eine spätere Rückforderung versagen, weil sie ein venire contra factum proprium bedeuten würde[331].

Gewichtige Unterstützung findet die hier vertretene Ansicht in der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 80, 395 f.

Die vertretungsberechtigte Teilhaberin einer oHG. hatte einen Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Einwilligung der Gesellschaft über ein dieser gehörendes Hausgrundstück abgeschlossen. Die Mieterin hatte die Räume bezogen. Später erhob die oHG. Räumungsklage. Der Sachverhalt der Entscheidung gibt ein gutes Beispiel für die eben geschilderte Situation: Die mit Einwilligung der oHG. eingegangene Verbindlichkeit ist erfüllt worden.

Die Mieterin klagt also nicht auf Einräumung des Besitzes – die Gesellschaft wäre dazu durch ihre Einwilligung nicht verpflichtet worden –, sondern es geht darum, ob die Gesellschaft an den Mietvertrag gebunden ist, ob sie ihn gegen sich gelten lassen muß.

Dem trägt auch die vom Reichsgericht gegebene Begründung Rechnung, wenn dort zu lesen ist: Die Zustimmung bewirkt, „daß die Firma auch der Beklagten gegenüber diesen von ihr gewollten Vertragsinhalt gegen sich gelten lassen muß. Der Vertrag lastet jedenfalls materiell auf ihr[332]". „Die Einwilligung bewirkt die unmittelbare Gebundenheit der Firma der Beklagten gegenüber"[333].

In der Entscheidung ist nirgends ausgesprochen, die Gesellschaft werde durch ihre Einwilligung zu einer Leistung unmittelbar verpflichtet[334]. Das sollte man bedenken, ehe man in ihr die Verpflichtungsermächtigung bezeugt sehen will.

Die Gesellschaft ist also an den obligatorischen Mietvertrag gebunden, darauf muß es auch in dem entschiedenen Fall ankommen. Mag auch § 185 BGB auf eine Besitz- oder Gebrauchsüberlassung entsprechend anzuwenden sein[335], so stünde es der Gesellschaft dennoch frei, mangels wirksamer Verpflichtung zu kondizieren[336].

---

330 Entspr. § 762 BGB. Auch dort verneint das Gesetz eine Verbindlichkeit, gesteht aber dem Erwerber dennoch einen berechtigten Erwerbsgrund zu. Vergl. *Esser*, Schuldrecht, § 169, 3.

331 Vergl. die Begründung, die *Larenz*, Schuldrecht II, § 63 I, S. 328, für die Regel des § 814 BGB gibt.

332 RGZ 80, 399

333 RGZ 80, 399, 400.

334 So verwertet aber *Ludewig* a. a. O., S. 5 Anm. 1 das Urteil.

335 *Raape, Iher. J.* 71, 97 f., 183 f. / *Lehmann*, Allg. Teil, § 37 VI 2 / *En.-N.* § 204, Anm. 21

336 Vergl. *Kroll*, Diss., S. 90 und oben S. 51 und Anm. 329.

Man deutet zum Teil die Entscheidung des Reichsgerichts in JW 24, 809, als stünde sie im Gegensatz zu RGZ 80, 395 f.[337].

Hier aber verlangte die Klägerin aus einem Kaufvertrag von der Beklagten, weil diese dem Vertrag zugestimmt hatte, die Übergabe eines Grundstücks. Sie klagt somit auf Leistung aus dem Kaufvertrag. Mehrfach wurde darauf hingewiesen, daß eine Zustimmung solche Rechtsfolgen nach der Systematik des BGB nicht begründen kann.

Beide Entscheidungen ergänzen sich sinnvoll. So sagt auch der BGH[338], meines Erachtens zu Recht, die Tragweite von RGZ 80, 395 f., gehe nicht soweit, daß derjenige, der die Ermächtigung zur Abgabe einer obligatorischen Verpflichtungserklärung erteilt habe, nun selbst aus der Erklärung verpflichtet werde. Das Reichsgericht habe allein ausgesprochen, der Ermächtigende müsse den Mietvertrag gegen sich gelten lassen, werde aber aus einem solchen Vertrag nicht selbst verpflichtet.

Die zitierten Erkenntnisse des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs bestätigen, so will mir scheinen, die hier versuchte Deutung, denn die Ergebnisse der Rechtsprechung lassen sich aus ihr zwanglos ableiten.

Mehr oder weniger deutlich hebt auch die Literatur auf das „Gebundensein" des Zustimmenden ab, wobei insbesondere die in Anmerkung 339 zitierten Ausführungen *Lenels* mit der hier versuchten Lösung übereinstimmen. Doch geben die Schriftsteller im allgemeinen keine Begründung für ihre Ansichten.

---

337 *Lehmann*, Allg. Teil, § 37 VI 2 / *Siebert* a. a. O., S. 237 Anm. 12 und Seite 257 mit Anm. 38 / *Erman-Westermann*, 4 vor § 328.

338 In LM Nr. 6 zu § 185; ebenso LM Nr. 9 zu § 185.

339 *Lenel* (DJZ 1913, S. 885) stellt in einer Besprechung der Entscheidung RGZ 80, 395 f., fest: „Diese Zustimmung bewirkt nicht, daß der Mietvertrag für die Rechtssphäre des Eigentümers wirksam wird, der Eigentümer wird aus dem nicht in seinem Namen geschlossenen Vertrag nach keiner Richtung positiv verpflichtet. Nur das bewirkt sie, daß er sein Eigentum nicht im Widerspruch mit den vom Vermieter übernommenen Verpflichtungen geltend machen kann."
Ebenso verneint *Krückmann* (Festschrift für das RG III, S. 82) eine persönliche Verpflichtung des Zustimmenden im Falle RGZ 80, 395 f.: „Die Wirksamkeit des Vertrages i. S. § 182 ist die Wirksamkeit an sich überhaupt oder die Vollstreckbarkeit in ein bestimmtes Vermögen (vergl. Planck, Vorbem. 1 und 2 vor § 182), niemals jedoch kommt eine persönliche Verpflichtung etwa nach dem Muster der Vollmacht in Frage. Das Reichsgericht verwechselt offensichtlich zwei verschiedene Dinge, einmal die Wirksamkeit an sich und zweitens die Erstreckung der Wirkung auf Dritte."
Vergl. auch oben Anm. 306
Auch Rosenberg (Stellvertretung im Prozeß, S. 132 Anm. 1) gebraucht den Ausdruck „Gebundensein", ohne daß jedoch der Leser sicher erkennen kann, ob *Rosenberg* eine Verpflichtung zur Leistung oder nur ein Gebundensein annehmen möchte.
„Wenn ich z. B. meinen Freund beauftrage, meine Bibliothek an einen Antiquar zu verkaufen, und ich ihm die Bücher zusende, damit er den Kaufvertrag sofort vollziehe, so kann mein Auftrag sowohl dahin verstanden werden, daß mein Freund in meinem Namen handeln solle, als auch, daß er im eigenen Namen handeln könne. Infolge dieser

## § 16:

### *Offenheitsprinzip?*

Wie schon angedeutet, ergibt sich die Sorge um das Offenheitsprinzip erst, wenn man sich entschlossen hat, die Funktion der Zustimmung über den vom BGB gesetzten Rahmen hinaus zu erweitern, dann ist die Forderung nach Offenlegung der Verhältnisse im Interesse des Verkehrsschutzes geboten. Nur wenn der Ermächtigte offen auftritt, wird dem Gläubiger kein vorher unbekannter Schuldner aufgedrängt[340].

Deshalb lassen *Ludewig* [341] und *Bettermann*[342] die Verpflichtungsermächtigung in der privativen Form nur dann zu, wenn der Ermächtigte zu erkennen gibt, daß er für einen anderen handelt. Dann wisse der Gläubiger um den Hintermann und könne es ablehnen, diesen als Schuldner anzunehmen[343].

*Bettermann*[344] und *Dölle*[345] anerkennen die verdeckte Verpflichtungsermächtigung, wenn der Dritte nur neben dem Ermächtigten verpflichtet werden solle, denn dem Gläubiger könne daraus kein Nachteil erwachsen.

Nach *Dölle* soll der Gläubiger den Ermächtigenden als zweiten Schuldner zurückweisen können, wenn dieser „durch eine ihm zustehende Aufrechnungsbefugnis die Realbefriedigung des Gläubigers vereiteln könnte[346]."

Nicht aus dem Verstoß gegen das Offenheitsprinzip[347], sondern aus dem Wesen der Zustimmung rühren die Begründungsschwierigkeiten der Verpflichtungsermächtigung her. Bei der Zustimmung muß die Rechtsfortbildung ansetzen[348]. Erst deren Grenze bestimmt das Offenheitsprinzip, indem aus Gründen des Verkehrsschutzes eine privative Verpflichtungsermächtigung nur in offener Form möglich sein kann.

---

beiden Möglichkeiten der Auslegung meiner Erklärung bin ich daher in jedem Fall an den Verkauf gebunden, in welcher Art er auch eingegangen sein mag."
Denkt *Rosenberg* etwa daran, daß der Kaufvertrag bereits erfüllt sein muß? Möchten die Worte „damit er den Kaufvertrag sofort vollziehe" so verstanden werden?
*Erman-Westermann* (Kommentar, 4 vor § 328) wollen den § 185 BGB auf Verpflichtungsgeschäft soweit entsprechend anwenden, als diese notwendig zu einem Eingriff in die Rechtsstellung des Zustimmenden führen. „Also muß z. B. der Eigentümer einen mit seiner Zustimmung durch einen Dritten abgeschlossenen Mietvertrag insoweit gegen sich gelten lassen, daß er das Grundstück nicht von dem Mieter herausverlangen kann." Ähnlich äußern sich *Palandt-Danckelmann* (Einführung vor § 182 Anm. 4).
*Soergel-Siebert* (§ 185 Bem. 25) nehmen an, für gesondert gelagerte Fälle könne durch Handeln im eigenen Namen eine Person oder ein bestimmter Teil ihres Vermögens rechtsgeschäftlich verhaftet werden.
Vergl. auch *Staudinger-Coing*, § 182 Bem. 11.

340 *Lent* a. a. O., S. 184 / *En.-N.* § 204 I 3 b / *Soergel-Siebert* § 185 Bem. 25 / *Staudinger-Coing*, Vorbem. 63 c vor § 164
341 A. a. O., S. 73
342 A. a. O., S. 323, 326
343 So *Bettermann* a. a. O., S. 323
344 *Bettermann* a. a. O., S. 323
345 A. a. O., S. 277
346 A. a. O., S. 277
347 Vergl. oben S. 6.
348 Vergl. oben S. 48 f.

Daß die offene Form der Verpflichtungsermächtigung nicht Stellvertretung sein kann[349], haben m. *E. Dölle*[350] und *Bettermann*[351] überzeugend nachgewiesen.

Die von den Parteien mit der Verpflichtungsermächtigung gewollte Gestaltung ist nur teilweise richtig erfaßt, wenn *Lent*[352] sagt, es liege erkennbar der Wille zur Fremdwirkung vor, deshalb sei Vertretung gegeben. Die Parteien wollen nämlich zugleich eine Eigenwirkung.

Der Ermächtigte will im Gegensatz zum Stellvertreter als selbstverantwortliches Zurechnungssubjekt auftreten, insbesondere die Rechte aus dem einheitlichen Geschäftsabschluß erwerben oder wie *Dölle* allgemein charakterisiert: „alle an Handlungen der betreffenden Art geknüpften Rechtsfolgen (außer gerade der gewollten, die fremde Rechtssphäre berührenden Wirkung) treffen den Handelnden selbst, Vorteile kommen ihm zugute, Nachteile muß er tragen[353]."

Träfen den Hintermann alle Rechtswirkungen, so wäre in der Tat Stellvertretung anzunehmen. Für diesen Fall allerdings ist *Lent*[354] zuzustimmen, wenn er einwendet, er könne schlechterdings nicht erkennen, wodurch sich diese Erklärung von der eines Vertreters unterscheiden ließe.

Das ist aber gerade nicht die typische Form der behaupteten Verpflichtungsermächtigung[355], [356].

## § 17:

### *Abgrenzung zum Vertrag zu Lasten Dritter*

Nach anderen Gesichtspunkten begründet *Bettermann*[357] seinen Vertrag zu Lasten Dritter[358], obwohl der Begriff häufig synonym zur Verpflichtungsermächtigung gebraucht wird[359].

---

349 So aber nachdrücklich *Lent* a. a. O., S. 190, 191; *Siebert* a. a. O., S. 258. Vergl. auch *Köhler a. a.* O., S. 23 und zum Folgenden oben S. 10 f.

350 A. a. O., S. 270

351 A. a. O., S. 323

352 A. a. O., S. 188

353 Vergl. auch *Staudinger-Coing*, Vorbemerkung 63 a vor § 164; *Rümelin*, AcP 93, 153, 154 und oben S. 11 der Arbeit

354 A. a. O., S. 191

355 Vergl. *Ludewig* a. a. O., S. 4, S, 72 und oben S. 3, sowie das Beispiel bei *Enneccerus*, 12. Auflage, § 175 Anm. 3: „A. ermächtigt mich z. B., mir auf seine Rechnung bei seinem Schneider einen Anzug zu bestellen. Wird der Kauf dementsprechend geschlossen, so bin ich Käufer und habe die Forderung auf Lieferung des Anzugs, zur Zahlung des Kaufpreises ist aber A. verpflichtet, nicht ich."

356 Daher ist die Ansicht von *Kroll*, Diss., S. 80, die offene wie die verdeckte Verpflichtungsermächtigung seien in zwei Formen möglich, als einseitige oder gegenseitige, nicht zutreffend. Bei der gegenseitigen werde der Ermächtigende verpflichtet und berechtigt. Die Frage nach dem Berechtigten sei kein Begriffsbestandteil der Verpflichtungsermächtigung an sich, sondern betreffe nur die Frage nach der Form ihrer Ausgestaltung. — Die gegenseitige offene Verpflichtungsermächtigung ist aber Stellvertretung.

357 A. a. O., S. 323 f.

358 Er ist scharf von dem Bemühungs- und Garantievertrag zu scheiden. Vergl. dazu *En.-L.* § 34 V

359 Vergl. *En.-L.* § 34 V, S. 148 und *Larenz*, Schuldrecht I, § 16 IV, S. 165

Er soll analog zum Vertrag zugunsten Dritter als unkonsentierter Vertrag zulässig sein[360], also eine Zustimmung des zu verpflichtenden Dritten nicht erfordern, aber nur als „offenes Drittinteressegeschäft".

Beide Parteien müßten ausdrücklich erklären, daß allein oder daneben[361] ein Dritter[362] verpflichtet werden solle.

Entsprechend § 333 BGB müsse der Dritte aber ein Zurückweisungsrecht haben[363], was für den Gläubiger aber Gefahren berge: „Diese Ungewißheit ist mindestens dann für den Gläubiger unzumutbar, wenn nach dem Vertrage der Dritte nicht neben dem Vertragsschließenden, sondern allein haftet[364]." Deshalb müsse man das Anwendungsgebiet des Vertrages zu Lasten Dritter auf eine dem Gläubiger erkennbare Mithaftung des Dritten beschränken, andere drittverpflichtende Verträge seien nur auf der Grundlage der Verpflichtungsermächtigung möglich.

Der Vertrag zu Lasten Dritter, wie ihn sich *Bettermann* vorstellt, ist damit von der Verpflichtungsermächtigung wesensverschieden und hier nicht zu behandeln, doch schien die begriffliche Klärung erforderlich.

---

360 A. a. O., S. 324

361 A. a. O., S. 322. Auch der Rechtsgedanke des § 335 BGB sei entsprechend anzuwenden.

362 Der Dritte brauche nicht mit seiner Person benannt zu werden, es genüge „irgendein Dritter, dessen Person später zu bestimmen ist". So *Bettermann* a. a. O., S. 322 Anm. 16 unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vertrag zugunsten Dritter.

363 *Laufke*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Festschrift für *H. Lehmann*, S. 170, weist nach, daß ein Vertrag zu Lasten Dritter ohne Ermächtigung verfassungsrechtlich unzulässig wäre. „. . . Dagegen wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, die Zulässigkeit eines Verpflichtungsgeschäftes zu Lasten Dritter kraft Ermächtigung — eine Rechtsfigur, die dem geltenden Recht fremd ist — einzuführen." (*Laufke* a. a. O.) Ebenso *Dürig* in *Maunz-Dürig*, Grundgesetz, Art. 2 Bem. 55

364 A. a. O., S. 323.

## IV. Abschnitt

# DIE EINZIEHUNGSERMÄCHTIGUNG

### § 18:

### *Der Stand der Meinungen*

Im Gegensatz zur Verpflichtungsermächtigung erkennt die Rechtsprechung[365] und die überwiegende Lehre[366] die Einziehungsermächtigung an[367]. Vereinzelt wurde jedoch die Einziehungsermächtigung auch früher abgelehnt[368].

In jüngster Zeit nehmen *Larenz*[369] und *Esser*[370] mit gewichtigen Gründen gegen die Einziehungsermächtigung Stellung und *Köhler* hat sie in seiner

365 RGZ 53, 416 f. / 78, 87 f. (90) / 94, 137 / 117, 71 / 118, 331 f / 133, 241 / 146, 400 / 166, 238 / 170, 191 f.
Die Entscheidungen im 78. und 94. Band befassen sich mit der Ermächtigung zur Geltendmachung des Grundbuchberichtigungsanspruchs, die Entscheidung im 118. Band bezieht sich auf die Ermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, doch anerkennen diese Entscheidungen zugleich den Rechtsgedanken der Einziehungsermächtigung.
Vergl. für die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts die Berichte bei *Löbl*, AcP 129, S. 271—277, und bei *Köhler* a. a. O., S. 8, 9.
BGHZ 4, 153 f. (164 f.) / 19, 69 f., (71) / BGH in LM, Nr. 8 zu § 185 BGB = JZ 58, 245 f. mit Anm. *Baur* in JZ 58, 246 f. / BGHZ 32, 357 f. (360) / St. Rspr.

366 *Baur*, Sachenrecht, § 11 C 3 a, aa, S. 85 und § 58 I 1 b, cc, S. 538 / *Blomeyer*, Allg. Schuldrecht, § 43 II 2 b, S. 296 / *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, S. 48 Anm. 50 / *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 90 / *En.-L.* § 79 IV 2, S. 321 f. / *En.-N.* § 204 I 3 a, S. 1234 f. / *Erman-Westermann*, § 398 Anm. 14, 15 / *Heck*, Schuldrecht, § 68, S. 208 f. / *Jacobi*, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, S. 185 f. (189) / *Hoche*, Zivilprozeßrecht, S. 166 f. / *Kreß*, Lehrbuch des Allg. Schuldrechts, S. 517 f. / *Löbl*, AcP 129, S. 257 f., insbes. 286 f. / *Ludewig* a. a. O., insbes. S. 30, 83 / *Nipperdey* in Festschrift für *Nikisch*, S. 322 f. / *Pohle*, MDR 56, 156 f. / *Rosenberg*, Lehrbuch, § 45 II 2 c, S. 196 und JZ 1952, 137 f. / RGRK *(Löscher)* § 398 Anm. 41 / *Siebert* a. a. O., S. 262 f. / *Soergel-Siebert (Schultze - v. Lasaulx)* § 185 Bem. 122 / *Soergel-Siebert (Schmidt)* § 398 Anm. 14 / *Staudinger-Coing*, § 164, Vorbem. 63 d / *Westermann*, Sachenrecht, § 30 I 3, S. 137.

367 Die stille Zession, bei der die Parteien vereinbaren, daß der Zedent trotz Abtretung weiterhin zum Einzug befugt sein solle, dürfte heute nurmehr als Spielart der Einziehungsermächtigung anzusehen sein (vergl. *Baur*, § 58 I, 1 cc, S. 538 und *Esser*, § 92 I a), sofern man nicht eine befristete oder bedingte Abtretung annehmen will (*En.-L.* § 78 II 2, S. 310).

368 Insbesondere *Planck-Siber*, § 398, 1 b ß. Vergl. auch *Nußbaum*, JW 28, 629, in seiner Anmerkung zu RGZ 118, 330 f. und *Haymann*, JW 32, 397, in seiner Anmerkung zu RGZ 133, 234 f.
*v. Tuhr* (II 1 § 45, S. 61) lehnt die Einziehungsermächtigung in der Form der modifizierten Abtretung ab, macht jedoch gegen die Begründung nach § 185 BGB nur geltend, der Ermächtigte müsse bei Forderungen seinen Hintermann benennen, sonst wisse der Schuldner nicht, aus welchem Grunde der Ermächtigte Zahlung verlange. (Vergl. II 1 § 60 Anm. 68 und § 60, S. 375).

369 Schuldrecht I, § 30, IV c und Methodenlehre, S. 308

370 Schuldrecht, § 92, 2, unter Aufgabe seiner in der ersten Auflage (§ 185, 2) geäußerten Ansicht, systematische Bedenken müßten hinter den Bedürfnissen der Lebensentwicklung zurückstehen. Vergl. ähnlich *Soergel-Siebert (Schmidt)* § 398 Anm. 14.

der Einziehungsermächtigung gewidmeten Schrift nach eingehender Analyse verworfen[371].

Für dogmatische Rechtfertigung der Einziehungsermächtigung hat sich heute die Begründung nach § 185 BGB überwiegend durchgesetzt[372].

## § 19:

### *Ist die Einziehung einer Forderung Verfügung*

Wie ist der Vorgang rechtlich einzuordnen, wenn der Empfänger die Leistung annimmt?

Man ist versucht, sich mit dem Hinweis auf § 362 Abs. 2 BGB zu begnügen, doch wird eine eingehende Prüfung einen weiteren Hinweis auf die systematische Stellung des § 185 BGB erbringen können.

Der Verfügung im technischen Sinne ist wesentlich, daß sie durch Rechtsgeschäft erfolgt[373].

Die Einigung über den Eigentumsübergang an dem zu leistenden Gegenstand, bei einer Geldforderung an dem Geldbetrag, ist für den Annehmenden selbstverständlich keine Verfügung, da er keinen Rechtsverlust erleidet.

Neben diese Einigung müßte ein selbständiges Rechtsgeschäft, gerichtet auf Aufhebung der Forderung, treten, ein sog. Erfüllungsvertrag, wenn er auch nach außen nicht besonders in Erscheinung zu treten braucht.

Im Streit um die Rechtsnatur der Erfüllung[374] nimmt die Vertragstheorie[375] das eigenständige Rechtsgeschäft eines Erfüllungsvertrages an; ebenso für den Fall, daß die Leistung selbst nur durch einen Vertrag erfolgen kann, wie z. B. bei der Übereignung und also auch bei der Einziehung der Forderung, die beschränkte Vertragstheorie[376].

Folgerichtig nehmen sie[377] an, die Einziehung der Forderung sei Verfügung. Die Ansicht wird im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung, soweit diese die Einziehungsermächtigung unmittelbar auf § 185 I BGB gründet, überwiegend vertreten[378].

Die Verfügungsnatur soll sich besonders an den §§ 362 II, 185; 1812 und 1813 BGB erkennen lassen[379], [380]. Die Motive[381] werten die Annahme der

---

371 Ablehnend auch *Palandt-Danckelmann*, § 398 Anm. 7

372 Darüber, daß sich mit der Überlassung zur Rechtsausübung nicht arbeiten läßt, vergl. oben S. 33, 34.

373 *En.-N.* § 143, II, S. 882

374 Motive, II, S. 81: „Die Entscheidung bleibt der Wissenschaft überlassen."

375 *v. Tuhr*, II 2, S. 82 f. / *Endemann*, Lehrbuch, S. 628 / *Kreß*, Allg. Schuldrecht, S. 446 f.

376 *En.-L.*, § 60, I, S. 249 f. / *Palandt-Danckelmann*, § 362 Anm. 1.

377 *v. Tuhr* II 1 § 54 Anm. 24 und § 59 zu Anm. 36 / *Kreß* a. a. O., S. 517 / *En.-L.* § 79 IV 2, S. 321.

378 *Siber* bei *Planck*, § 362, 2 f und § 398, 1 b / *Ludewig* a. a. O., S. 30, 83 / *En.-N.* § 143 Anm. 10, S. 882, § 151 II 1 a, S. 931, § 204 I 3 a, S. 1234 / *Erman-Hefermehl*, § 1812, 2.
Vergl. aus der Rechtsprechung insbes. BGHZ 4, 153 f. (164).

379 *v. Tuhr* II 1 § 54 Anm. 24 und II 1 § 60 Anm. 83.

380 Vergl. auch § 1074 BGB — Satz 1 in V. mit Satz 3 — und § 829 ZPO.

381 II, 81

Leistung als Veräußerung der Forderung und die Protokolle[382] als Verfügung. Ein Umkehrschluß aus § 362 II BGB[383], wie er nach der Rechtstechnik des BGB naheläge, verbietet sich[384].

Dagegen leugnet die heute vorherrschende Theorie der realen Leistungsbewirkung[385] eine besondere Annahme als Erfüllung durch den Gläubiger. Diese Ansicht dürfte zutreffen.

Es ist schwerlich zu begreifen, warum der Schuldner, der gemäß seiner festgelegten Verpflichtung erfüllt, noch eines besonderen „placet" seines Gläubigers bedürfen, er unter Umständen auf Abschluß eines Erfüllungsvertrages klagen sollte.

So meint *Boehmer*[386], die reale Erfüllung sei nur gesetzliche Folge der ordnungsmäßigen Pflichterfüllung, die Schuldtilgung nicht rechtsgeschäftliche Folge eines „Gnadenaktes" des Gläubigers, der den Schuldner durch Vertrag aus der Schuldverstrickung entlasse.

Auch wäre m. E. § 364 I BGB überflüssig, da sich diese Möglichkeit schon beim Abschluß des behaupteten Erfüllungsvertrages ergeben würde.

Man kann endlich auch den Vorgang der Erfüllung nicht anders betrachten, je nachdem, ob eine rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Leistungshandlung, ein Tun oder ein Unterlassen geschuldet ist[387], [388].

Erfordert also die Erfüllung auch bei rechtsgeschäftlichen Leistungen keinen Erfüllungsvertrag zwischen Schuldner und Gläubiger, so vollzieht sich die Annahme der geschuldeten Leistung, die Einziehung der Forderung, nicht durch Rechtsgeschäft. Die Einziehung kann keine Verfügung i. S. der herkömmlichen Definition sein, obwohl sie das Erlöschen des Forderungsrechtes bewirkt.

Dies zu folgern, zwingt die Lehre von der realen Leistungsbewirkung[389].

---

382 I, 334

383 So *Titze*, Schuldrecht, S. 80. *Siebert* a. a. O., S. 269 läßt die Frage offen. Vergl. auch *Soergel-Siebert (Schmidt)*, Vorbem. 2 vor § 362.

384 Vergl. Protokolle I, 334.

385 *Boehmer*, Erfüllungswille, S. 75 f., Grundlagen II 1, S. 79 f. / *Esser*, Schuldrecht, § 70, 2 / *Heck*, Schuldrecht, S. 160, 169 f. / *Larenz*, Schuldrecht I, § 26 I, 30 IV c / *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 585 f. / *Oertmann*, Komm., § 362 Anm. 5 b / *Planck-Siber*, § 362, 2 b / *Siber*, Schuldrecht, S. 119. f. / *Soergel-Siebert (Schmidt)* § 362 Bem. 2 / *Staudinger-Werner* I vor § 362.
Die hier nicht interessierenden Unterschiede zwischen den Vertretern dieser Ansicht mögen unberücksichtigt bleiben.

386 Grundlagen II 1, S. 79, 80.

387 Vergl. *En.-L.* § 60 I, S. 250

388 Unerörtert kann bleiben, in wieweit der Schuldner einen Erfüllungswillen haben muß, er die Möglichkeit haben muß, „den geschuldeten Gegenstand in die Hände des Gläubigers gelangen zu lassen, ohne daß das Geleistete vom Erfüllungszweck erfaßt werde" (so *Titze* a. a. O., S. 81), und ob beim Gläubiger eine „Empfangszuständigkeit" begründet sein muß (*Blomeyer* § 38 II, S. 256; *Esser*, Schuldrecht, § 70, 7; *Larenz*, Schuldrecht I, § 26 I 3, S. 269).

389 Vergl. *Esser*, § 70, 7 e; *Larenz*, Schuldrecht I, § 26, S. 269; *Siber*, Schuldrecht, S. 119; *Soergel-Siebert (Schmidt)*, Vorbem. 2 vor § 362 und § 398 Anm. 14; *Titze* a. a. O., Seite 80.

Unter diesem Blickwinkel ist § 362 II BGB aufschlußreich. Ob der Gesetzgeber davon ausging, die Einziehung sei Verfügung und deshalb dem § 362 II BGB nur eine klarstellende Funktion zudachte, ist von zweitrangiger Bedeutung.

Entscheidend ist dagegen:

in § 362 II BGB hat der Gesetzgeber noch einmal den Rechtsgedanken des § 185 BGB geprüft und für anwendbar befunden. Daraus läßt sich sein Wille entnehmen, § 185 BGB solle (nur) soweit angewandt werden, wie die Interessenlage derjenigen bei Verfügungen vergleichbar ist.

Vergleichbar ist sie darin, daß mit der Einziehung die Forderung erlischt, der Gläubiger seine Zuständigkeit für die Forderung verliert[390]; mit der Einziehung ist eine abgeschlossene Rechtslage gegeben, weitere Rechtsbeziehungen für die Zukunft entstehen grundsätzlich nicht[391], der Schuldner wird geschützt[392].

Damit erwächst ein weiteres Argument gegen die analoge Anwendung des § 185 I BGB auf Verpflichtungsgeschäfte. Aus § 362 II BGB läßt sich entnehmen, daß eine Analogie bezüglich solcher nicht rechtsgeschäftlicher Akte zulässig sein soll, die eine unmittelbare Rechtsänderung bewirken, also auf zuordnungsändernde Geschäfte[393], [394]. In dieser Richtung wendet auch die herrschende Meinung § 185 BGB entsprechend an[395]. Wertende Betrachtung wird sich ohnehin nicht zu eng am Verfügungsbegriff orientieren dürfen[396], denn vielfach empfindet man die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte zu eng. Dies umsomehr, als der Begriff der Verfügung im Gesetz nicht definiert ist, sich vielmehr nur aus den für Verfügungen aufgestellten Grundsätzen ergibt[397].

## § 20:

### *Die Bedeutung des § 185 BGB für die Einziehungsermächtigung*

Ist somit § 185 BGB, insbesondere dessen erster Absatz, nach Gesetz und Interessenlage auf die Einziehung einer Forderung anzuwenden, so doch nur mit einer Wirkung, die § 185 BGB erzielen kann, also behaftet mit der

---

390 *Köhler* a. a. O., S. 13, 14, meint, vom Standpunkt der Theorie der realen Leistungsbewirkung aus werde man die Einziehung einer Verfügung zumindest gleichstellen müssen.

391 Vergl. oben S. 47.

392 Danach müßte man auch ohne die ausdrückliche Bestimmung § 185 BGB auf die Einziehung einer Forderung entsprechend anwenden.

393 Vergl. *Soergel-Siebert*, § 185 Bem. 3.

394 Die Ansicht *Schmidts* in *Soergel-Siebert* § 398 Bem. 14 erscheint zu formal. *Schmidt* meint, es sei nicht überzeugend, wenn man die Einziehungsermächtigung über § 185 BGB rechtfertige, weil die Annahme der Leistung keine Verfügung über die Forderung darstelle.

395 Vergl. *En.-N.*, § 143 Anm. 9, S. 882; *Sorgel-Siebert (Schultze - v. Lasaulx)*, § 185 Bem. 2; BGHZ 9, 253.

396 Vergl. z. B. *Wolff-Raiser*, § 45 Anm. 9 und § 48 III 1, S. 160, sowie die Interessenbewertung bei *Baur*, § 20 IV, 1 d, S. 164 und in BGHZ 13, 4, 5.

397 *v. Tuhr* II 1 § 54, S. 238 und AcP 117, 193 / *En.-N.* § 143 Anm. 6 / BGHZ 1, 304.

Schwäche, daß der Einwilligungsempfänger nicht Berechtigter werden kann[398]. Die in § 7 gefundenen Ergebnisse lassen sich nun verwerten.

Die Zustimmung besagt nur, daß die Leistung an den Einwilligungsempfänger dem Forderungsinhaber gegenüber wirksam ist und die Forderung mit Wirkung gegen ihn erlischt. Die Feststellung leitet sich aus der dogmatische Stellung des § 185 BGB her. § 362 II BGB bestätigt sie.

Die Formulierung ist prägnant und vermeidet jedes Mißverständnis: „*Wird an einen Dritten* zum Zwecke der Erfüllung *geleistet*, so finden die Vorschriften des § 185 BGB Anwendung."

Der Wortlaut beschränkt sich darauf, die Rechtsfolgen auszusprechen, wenn an einen Dritten geleistet wird. Er läßt erkennen, daß § 185 BGB nichts mit der anderen Frage zu tun hat, wann der Schuldner verpflichtet ist, an den Dritten zu leisten[399].

Aus § 185 BGB ergibt sich nicht, der Einwilligungsempfänger könne den Schuldner zwingen, an ihn zu leisten[400].

Die Einwilligung verleiht kein Recht zur zwangsweisen Einziehung der Forderung[401], keine Befugnis dem Schuldner gegenüber, die in dem Forderungsrecht liegende Macht, die Leistung zu fordern, auszuüben[402].

Dafür ist § 185 BGB nicht geschaffen[403].

Allein, wenn der Schuldner freiwillig an den Dritten leistet, ist er befreit[404].

Diese Schwierigkeit scheinen auch die Befürworter der Einziehungsermächtigung, die mit § 185 BGB arbeiten, zu spüren.

Sie sehen sich gezwungen, das in seinen dogmatischen Grundlagen wenig standfeste Institut mit Hilfserwägungen zu stützen, die jedoch dem Gebäude keine größere Festigkeit geben können.

---

398 Vergl. oben S. 14 f., 18, 20.

399 § 362 II BGB muß für die Vertreter der Ermächtigungslehre unbequem sein. So versucht auch *Siebert* a. a. O., S. 269 § 362 Abs. II bei der Einziehungsermächtigung auszuschalten. So werden auch die gar nicht zur Ermächtigungslehre nach § 185 BGB passenden Ausführungen des RG in RGZ 166, 218 f. (238) verständlich: „... er (— der Schuldner —) leistet an den Kläger als den zur Einziehung Berechtigten, wäre übrigens, wenn der Kl. durch die Einziehung als ein Nichtberechtigter über die Forderung verfügte, kraft der in der Erklärung der gen. Firma jedenfalls liegenden Einwilligung hierzu auch dieser gegenüber nach § 185 I befreit."

400 *v. Brunn*, a. a. O., S. 33, Anm. 5 / *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2 b, S. 425 / *Haymann*, JW 1932, S. 399 / *Köhler*, a. a. O., S. 15 / *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 IV c, S. 308 / *Löbl*, a. a. O., S. 281, 282, 301 / *Schöninger*, AcP 96, 187 / *Siber*, Schuldrecht, S. 145 / *Soergel-Siebert (Schmidt)* § 398 Bem. 14. Selbst *Ludewig* a. a. O., S. 30 erkennt das an: „Aus den §§ 185, 362 II BGB ergibt sich aber nicht, daß der Schuldner an den Ermächtigten zahlen muß."

401 So aber *Erman-Westermann*, § 398 III, 14

402 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 15

403 Vergl. oben S. 16: Schutzvorschrift für den Dritten und oben S. 17 f.: Verbot des venire contra factum proprium.

404 *v. Brunn*, a. a. O., S. 33 Anm. 5 / *Haymann* JW 1932, 399 / *Köhler*, a. a. O., S. 14 / *Ludewig* a. a. O., S. 30.

*Enneccerus-Lehmann*[405] räumen ein, die Verfügung liege „natürlich nur in der Tilgung der Schuld durch Entgegennahme der Leistung, nicht schon in der sonstigen auf Einziehung gerichteten Tätigkeit", jedoch werde auch diese Tätigkeit von der Einwilligung mit umfaßt[406].

*Siebert*[407] meint, die Ermächtigung umfasse auch die „Geltendmachungshandlungen" (Vorbereitungshandlungen), sonst hätte sie überhaupt keinen Sinn.

§ 185 I BGB will den Schuldner schützen[408], würde aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn man dem Schuldner über § 185 BGB eine Leistungspflicht aufbürden wollte. M. E. ist es in keiner Weise gerechtfertigt, das Recht, die Leistung zu fordern, als Anhängsel der Einwilligung zur Verfügung zu betrachten[409].

Die Verpflichtung des Schuldners kann sich auch nicht aus dem teilweisen Eintritt des Ermächtigten in die eigene Rechtsstellung des Zedenten ergeben[410]. Jedenfalls gibt es einen solchen Eintritt nicht nach § 185 I BGB[411].

Der Satz: „Muß sich der Schuldner die Vollabtretung gefallen lassen, dann erst recht die schwächere Wirkung der Einziehungsermächtigung[412]" mutet selbstverständlicher an als er ist. Die Einziehungsermächtigung ist nicht ein Weniger gegenüber der Vollabtretung, sie ist ein aliud. Die herrschende Lehre[413] nimmt bekanntlich eine konkurrierende Rechtszuständigkeit an; dem Schuldner stehen plötzlich mehrere „Gläubiger" gegenüber, damit lassen sich aber Abtretung und Einziehungsermächtigung nicht mehr auf derselben Stufe vergleichen[414], ganz abgesehen von der weiteren Unzulänglichkeit, die eine mehrfache Rechtszuständigkeit mit sich bringt[415].

Eine untechnische Anweisung an den Schuldner[416] verpflichtet diesen nicht, wie die §§ 784, 787 II BGB eindeutig ergeben.

Erst recht scheint es mir nicht möglich zu sein, den Schuldner nach § 242 BGB zur Leistung an den Ermächtigten für verpflichtet zu halten, weil es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er eine Leistung verweigere, ohne ein berechtigtes Interesse an der Weigerung zu haben[417].

---

405 § 79 IV 2, S. 321

406 Ebenso auch *En.-N.* § 204 I 3 a, S. 1234

407 A. a. O., S. 263, a. a. O., S. 267: „Wenn infolge einer solchen Einwilligung der Nichtberechtigte die Macht erhält, über ein Recht des Berechtigten zu verfügen, so muß in dieser Macht die Befugnis enthalten sein, die nötigen Schritte zur Erreichung dieser Verfügungswirkung vorzunehmen."

408 Vergl. oben S. 16.

409 Vergl. *Haymann*, JW 32, 397 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 IV, S. 307; *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 675; *Soergel-Siebert (Schmidt)*, § 398 Bem. 14

410 So *En.-L.* § 79 IV 2. Dagegen: *Haymann* JW 32, S. 399

411 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 15 und oben S. 15 und Anm. 89.

412 *En.-L.* § 79 IV 2, vergl. auch *En.-N.* § 204 I 3 a, und oben Anm. 166 der Arbeit.

413 Vergl. unten Anm. 508

414 Vergl. *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 IV, S. 308 Anm. 1 und *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2 b

415 Vergl. oben S. 28.

416 *En.-L.* § 79 IV 2 / *Siebert* a. a. O., S. 269. Dagegen: *Esser*, § 92, 2 b; *Haymann*, JW 32, 399;*Köhler* a. a. O., S. 15; *Larenz*, § 30 IV c, S. 308

417 In diesem Sinne *Siebert* a. a. O., S. 269

Siebert greift damit einen wesentlichen Gedanken auf.

Für die Verpflichtungsermächtigung habe ich darzutun versucht[418], daß der maßgebende Ansatzpunkt in der Tat in § 242 BGB zu suchen ist. Dort wurde aber deutlich gezeigt, welch entscheidender Eingriff in die Systematik des BGB damit verbunden wäre.

Die Rechtsfortbildung in Richtung einer unmittelbar verpflichtenden Zustimmung würde aber im wesentlichen nur die Interessen des Zustimmenden berühren[419], während eine Rechtsfortbildung über § 242 BGB bei der Einziehungsermächtigung sich entscheidend im Interessenbereich eines unbeteiligten Dritten auswirken würde. Darum fühlt man sich in der Ablehnung des von *Siebert* erwogenen Gedankens sicher, während bei der Verpflichtungsermächtigung die Bedenken schwächer wiegen.

Der Schuldner kann sehr wohl ein berechtigtes Interesse an der Weigerung haben, indem er außer an den Gläubiger auch an den Ermächtigten leisten soll, sich also ohne sein Zutun zwei Forderungsberechtigten gegenübersieht mit all dem Risiko und den Beschwerlichkeiten, die sich aus ihrer konkurrierenden Zuständigkeit für ihn ergeben könnten.

Man überspannt das Gebot von Treu und Glauben auf Kosten des Schuldners, will man es auf einen Schuldner anwenden, der sich weigert, an jemanden zu leisten, an den er nicht zu leisten braucht, wohl aber befreiend leisten kann.

In dieser Weise könnte man auch den Schuldner, der nach § 409 BGB eine Abtretungsanzeige erhalten hat, aber weiß, daß die Abtretung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, nach Treu und Glauben für verpflichtet halten, an den in der Anzeige Genannten zu leisten, weil er kein Interesse an der Weigerung habe, da er nach der noch herrschenden Lehre[420], von arglistigem Zusammenwirken abgesehen, befreit werde.

Entgegen der herrschenden Lehre und der einhelligen Rechtsprechung muß ich zu dem Ergebnis kommen, daß der Schuldner nach keinem der angeführten Gesichtspunkte verpflichtet wird, an den Einwilligungsempfänger zu leisten[421].

## § 21:

### *Die Begründung Löbls*
### *Die Lehre von der Zuordnung*

Einen eigenständigen Versuch, die Einziehungsermächtigung nach geltendem Recht zu begründen, hat *Löbl*[422] unternommen.

---

418 Vergl. oben S. 48 f.

419 Vergl. aber wegen einer möglichen Aufrechnungsbefugnis Dölle a. a. O., S. 277.

420 Vergl. *En-L.* § 80 II. Dagegen die bei *Rieke*, NJW 59, 1416 Anm. 6 Genannten.

421 Vergl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 308, die Einziehungsermächtigung biete ein Beispiel für eine Rechtsneubildung, die aus dem Gesetz nicht zu begründen sei.

422 Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, AcP 129, 257 f. und AcP 130, 1 f.

*Löbl* geht davon aus, das Forderungsrecht sei insoweit absolut, als es allen anderen Personen mit Ausnahme des Berechtigten nicht zustehen könne[423].

Im Hinblick darauf, daß Dritte Handlungen mit dem gleichen Rechtserfolg wie der Berechtigte setzen könnten[424], müsse „beim obligatorischen Recht neben der seinen Inhalt bildenden, den Schuldner verpflichtenden Norm noch eine zweite gedacht werden, die jedermann verpflichtet, sich der allein dem Gläubiger zukommenden Verfügung über die erste Norm, d. h. der Inanspruchnahme der schuldrechtlichen Leistungspflicht aufgrund des Schuldverhältnisses zu enthalten."

Das Forderungsrecht bestehe demnach aus zwei Normen. Die eine Norm statuiere die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung; aus dem Bestand der ersten Norm ergebe sich die zweite, diese verpflichte jedermann, die Verfügung des Gläubigers über die erste Norm nicht zu stören, sie verbiete anderen, sich die Gläubigerstellung anzumaßen[425].

Zur Ausübung des Forderungsrechts gegenüber dem Schuldner sei nur die Verfügung über die erste Norm erforderlich, die zweite Norm wahre nur die Rechtszuständigkeit Dritten gegenüber[426].

Bei der Abtretung der Forderung müsse die Stellung aus der primären, den Schuldner verpflichtenden Norm auf den Zessionar übergehen, sie ziehe dann normalerweise die Rechtsstellung aus der sekundären Norm nach sich[427], der Inkassozessionar benötigte aber nur die Verfügung über die erste Norm[428]. Die positive Rechtsordnung verbiete es jedoch nicht, daß der Gläubiger von seiner Verfügungsmacht nur einen beschränkten Gebrauch mache, „indem er lediglich die Verfügung über die erste, den Schuldner verpflichtende Norm dem anderen überträgt und die Verfügung über die gegenüber jedermann wirkende Norm weiterbehält[429]."

*Löbl* steht im Grunde der Lehre von der Überlassung zur Rechtsausübung sehr nahe[430].

---

423 A. a. O., S. 294. Dagegen unterscheide sich das Forderungsrecht von den absoluten Rechten dadurch, daß seine Ausschlußwirkung nicht aus dem Rechtsinhalt erwachse (a. a. O., S. 296, 297). Ähnlich auch *Larenz*, Schuldrecht I § 29 III, S. 294. Vergl. noch *von Tuhr* I § 2 V, S. 69.

424 A. a. O., S. 296. Ähnlich *Heinemann, Gruchot*, 70, 497 f.

425 A. a. O., S. 298, 299. Gegen die Annahme einer solchen Schutznorm: *v. Brunn* a. a. O., S. 14

426 A. a. O., S. 299

427 A. a. O., S. 300, 301

428 A. a. O., S. 299

429 A. a. O., S. 300

430 Auch *v. Brunn*, a. a. O., S. 11 Anm. 4, glaubt zu erkennen, die Auffassung *Löbls* komme der Theorie von der Überlassung der Rechtsausübung sehr nahe. *Siebert* a. a. O., S. 252 Anm. 29 stellt die Lehre *Löbls* in die Mitte zwischen Ausübungsüberlassung und konstitutivem Erwerb, im Ergebnis laufe sie jedoch auf eine konstitutive Übertragung hinaus.

Zu Recht hebt er hervor, daß das Forderungsrecht einem Rechtssubjekt ausschließlich zugeordnet ist[431], [432].

Das Zuständigkeitselement des Forderungsrechts wurde von der älteren Theorie vernachlässigt, die im Forderungsrecht nur ein persönliches Schuldband zwischen Gläubiger und Schuldner sah.

Der klaren Erkenntnis, daß auch das Forderungsrecht eine Zuordnungsfunktion hat, dürfte wohl die altvertraute Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichem Recht[433], insbesondere die römisch-rechtliche Auffassung von der Obligation[434], entgegengestanden haben, indem man die Gemeinsamkeiten beider Rechtstypen hinter deren Verschiedenheiten zu stark zurückdrängte.

Erst in der modernen Rechtswissenschaft [435] findet sich (wieder [436]) die Vorstellung, daß die Forderung nicht nur schuldrechtlicher Anspruch (§ 241 BGB), sondern zugleich ein Vermögensgegenstand ist und als solcher einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet ist. In dieser Eigenschaft kann die Forderung Gegenstand einer Verfügung sein, also eines Rechtsgeschäfts, das unmittelbar die Rechtszuständigkeit ändern will[437].

Zuordnung und Inhalt des Rechts sind aber eng miteinander verknüpft, ein Recht wird gerade mit seinem ganz bestimmten Inhalt einem Subjekt zugeordnet. Verliert ein Recht einen Teil seines Inhalts, so ändert sich entsprechend die Zuordnung[438]. Diese Vorstellung liegt dem System der beschränkten Rechte am Eigentum und an der Forderung zugrunde. Die Abspaltung oder Rechtsteilung[439] wird nur scheinbar dadurch verdeckt, daß das Gesetz konstruktiv eine Belastung des Eigentums oder der Forderung an-

---

431 Vergl. auch *Heinemann, Gruchot,* 70, 498 f., *Larenz, S*chuldrecht I, § 29 III, S. 294; *Westermann,* Sachenrecht, § 2 II 2, S. 8, 9.

432 Ein absolutes Recht an der Forderung lehnt *Löbl* scharf ab (a. a. O., S. 297), das bedeute eine unnötige Rechtsverdoppelung. Ebenso *Larenz,* I § 2 II, S. 10.

433 Von einem obligatorischen Recht spricht man, wenn dieses Recht Willensherrschaft über das Handeln oder Unterlassen einer Person bedeutet, von dinglichem, wenn sich die Herrschaft auf eine Sache, als körperlichen Gegenstand der Natur bezieht. *(Wieacker,* DRW 1941, S. 52. Zum Begriff des dinglichen Rechts: *Wolff-Raiser,* § 1 I 4 und *Baur,* § 2 I 1 a, S. 6. *Wieacker* führt an, der Gegensatz beruhe „auf der nach zahlreichen gemeinrechtlichen Vorläufern von *Savigny* abgeschlossenen Unterscheidung". Vergl. auch *Dulckeit* a. a. O., S. 34).

434 Instit. 3, 13, pr. Vergl. den eingehenden Bericht *Köhlers* a. a. O., S. 10 f.

435 *Wieacker,* DRW 1941, S. 61 f. / *Dulckeit* a. a. O., S. 36 / *Westermann,* Sachenrecht, § 2 II, S. 8 f. / *Bärmann,* WEG, Einl. S. 144, 145 / *Larenz,* Schuldrecht I, § 2 II, S. 10 Anm. 1 und § 29 III, S. 291 f. / vergl. auch *Löbl* a. a. O., S. 287.

436 Zum älteren deutschen Recht: *Mitteis,* Deutsches Privatrecht, § 24 I

437 Vergl. *En.-L.,* § 78 II 2, S. 310, obwohl das Forderungsrecht nur persönliches Schuldband sein soll (*En.-L.* S. 2 und § 234 I d, S. 943 f.); *Fr. Leonhard,* Allg. Schuldrecht, S. 61; *Larenz,* Schuldrecht I § 30 I, S. 295; *Wieacker,* DRW 1941, S. 62.

438 Vergl. *F. Leonhard,* Allg. Schuldrecht, S. 678: „Zunächst ist die Forderung gar nichts anderes als das Recht, die Leistung von dem Schuldner zu verlangen. Wird dies Recht übertragen, so ist damit eben auch die Forderung übergegangen."

439 So *Baur,* Sachenrecht, § 60 II, S. 561. Vergl. auch *Larenz,* Schuldrecht I, § 29 I, S. 291: Teilweise Übertragung der in dem Recht gelegenen Befugnisse.

nimmt und dadurch erreicht, daß mit Wegfall der Belastung das belastete Recht seinen ursprünglichen Umfang wieder erlangt[440].

So erscheint es bedenklich, wenn man die Zuordnung eines Rechts gegenüber dessen Inhalt allzusehr in den Vordergrund rückt[441].

Insbesondere *Wieacker* geht in dieser Richtung, wenn er darauf hinweist, systematisch richtig wäre die Abtretung einer Forderung ins Sachenrecht einzubeziehen[442]. Das heutige Sachenrecht müßte über das Recht der dinglichen Zuordnung von Grundstücken und Sachen hinaus zum Vermögensrecht ergänzt werden[443]. Der heutige Eigentumsbegriff sei zu eng, das historische deutsche Recht[444] und neuerdings das Enteigungsrecht[445] kenne ihn nicht in der Begrenzung als umfassendes Herrschaftsrecht über eine Sache (§§ 903, 90 BGB)[446].

Diese Forderung scheint mir in einigem überspitzt zu sein.

Die Beschränkung der Kategorie „Dingliches Recht" an Sachen hat ihren guten Sinn, denn diese Rechte gewähren – und das gehört zum Rechtsinhalt[447] – eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache[448], über einen Gegenstand der natürlichen Welt.

Sie haben damit eine gewisse Dauer[449], während Forderungsrechte ihrer Natur nach einen Übergangszustand darzustellen, der sich in einer Teilhabe an der natürlichen Sachgüterwelt vollenden will[449].

Das Forderungsrecht kann seine Ausübung regelmäßig nicht überdauern, während das Eigentum durch Ausübung im allgemeinen nicht untergeht.

Die Sonderbehandlung der Sachenrechte erscheint gerechtfertigt und sollte nicht verwischt werden, etwa indem man die Abtretung einer Forderung im Sachenrecht regeln oder vom Eigentum an einer Forderung[450] reden wollte. Ebenso ist der Begriff der Dinglichkeit, nun einmal auf Sachenrechte beschränkt, nicht geeignet, die Zuordnung zu veranschaulichen. Wenn man

---

440 Vergl. *Wolff-Raiser*, § 51 III, S. 176, 177, und oben Anm. 184.

441 Vergl. *Baur*, JZ 52, 58 f.; *Raiser*, JR 1955, 118; *Raiser*, Dingliche Anwartschaften, S. 59; *Schultze-v. Lasaulx*, AcP 151, insbes. S. 455 f.; *Wolff-Raiser*, §§ 1 Ziff. 4 und 51 II 1. Vergl. auch zum Forderungsrecht: *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2 b, S. 425.

442 DRW 41, S. 62 f.

443 So auch *Larenz*, Schuldrecht I § 29 I, S. 291.

444 Vergl. Anm. 436.

445 Vergl. auch *Baur*, Sachenrecht, § 60 I 1, S. 560, und *Kronstein*, FamRZ 59, S. 172

446 Vergl. *Dulckeit* a. a. O., S. 35

447 *Baur*, Sachenrecht, § 4 I, S. 23. Das Forderungsrecht ist nur absolut bezügl. der Zuständigkeit — vergl. oben S. 64 mit Anm. 423.

448 *Baur*, Sachenrecht, § 2 1 a, S. 6, *Wolff-Raiser*, § 2 I, S. 8.

449 *Wolff-Raiser*, § 1 I 4, S. 3.

450 Vergl. *Bähr, Iher. J.*, 1, S. 401; *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 61 f.; *Jacobi* in *Ehrenbergs* Hdb. IV 1, S. 185; *Duckeit*, a. a. O., S. 36. Wohlwollend *Esser*, Schuldrecht, § 89, 1 a, S. 412 — vermittelnd *Baur*, Sachenrecht, §§ 3 I 1, S. 10 und 60 I 1, Seite 560.
Dagegen *Larenz*, Schuldrecht I, § 2 II, S. 10 Anm. 1.

so die Zession als dingliches Rechtsgeschäft bezeichnet[451], bleiben wichtige Unterschiede verborgen[452].

Die Zuordnungsfunktion der Rechte beschränkt sich nicht auf das Sachenrecht, ist nicht einmal für dieses Gebiet besonders charakteristisch. Letztlich ist der Ansatzpunkt beim subjektiven Recht zu suchen[453].

Von dort aus erscheint es angebracht, eine Zuordnungslehre zu entwikkeln[454]. Man wird dann vermeiden, sachenrechtliche Vorstellung, wie das Eigentum, auf Forderungen zu übertragen, für die sie ihrer Natur nach nicht passen[455].

Ob man dann von einer dinglichen[456] Vermögenszuordnung sprechen will, ist eigentlich nur eine Frage der Terminologie[457]; die Sachenrechte im engeren Sinne müßten dann eben wiederum von den dinglichen Rechten im weiteren Sinne unterschieden werden[458].

Das Eigentum an Sachen zeigt sich dem Forderungsrecht nur insoweit gleichartig, als beide einen Vermögensgegenstand einem bestimmten Rechtssubjekt zuordnen. Für jede weitere Parallele ist größte Vorsicht am Platze.

Das Forderungsrecht gewährt eben nicht, wie das Eigentumsrecht, eine tatsächliche Sachherrschaft. Die tatsächliche Sachherrschaft verwirklicht sich nach außen in dem Besitz, der vor allem etwas Tatsächliches ist[459]. Jede Fortentwicklung des Besitzes vom Tatsächlichen zum Rechtlichen mußte grundsätzlich daran anknüpfen[460].

Weil die tatsächliche Sachherrschaft dem Forderungsrecht wesensfremd ist, entfallen zugleich die Aufgaben, die dem Besitz in rechtlicher Beziehung zukommen, nämlich Schutz-, Erhaltungs- und Publizitätsfunktion[461].

Zwar stimmen Eigentums- und Forderungsrecht darin überein, daß sowohl der Besitz wie das Recht, vom Schuldner die Leistung zu verlangen, zum Inhalt beider Rechte gehören. Doch kann das nicht rechtfertigen, den Inhalt des Forderungsrechts mit dem Sachbesitz zu vergleichen.

---

451 RGZ 99, 143 — vergl. auch die Nachweise in RGRK *(Löscher)* § 398 Anm. 1 —; *Dulckeit* a. a. O., S. 36; *Schöninger*, AcP 96, 164; BGH, NJW 55, 544: „dingliches Anwartschaftsrecht auf die Forderung" (dazu *Raiser*, Dingliche Anwartschaften, S. 49 Anm. 110). Dagegen: *En.-L.*, § 78 Anm. 5; *Esser* Schuldrecht, 1. Aufl., § 185, 2, S. 187; *Heck*, AcP 134, 361; vergl. auch *Löbl* a. a. O., S. 287, 291.

452 Ebenso, wenn Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten als beschränkte *dingliche* Rechte angesehen werden. Vergl. *Staudinger-Spreng*, Bem. 2 vor § 1068 und § 1068 Bem. 3.

453 *Baur*, JZ 52, 59: „Handelt es sich (bei der Zuordnung) aber dann nicht lediglich um eine neue bildhafte Umschreibung des Begriffs des subjektiven Rechts?". Vergl. auch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 87.

454 *Schultze-v. Lasaulx* macht in AcP 151, 455 f. auf eine allgemeine Zuordnungslehre aufmerksam.

455 Vergl. *Heck*, AcP 134, 361.

456 *Wieacker*, DRW 41, S. 61, meint, die unmittelbare Vermögenszuordnung sei die Funktion des dinglichen Rechts. Vergl. noch *Dulckeit* a. a. O., S. 36 und *v. Brunn* a. a. O., S. 16.

457 Vergl. *Kronstein*, FamRZ 59, 172

458 In diesem Sinne *Raiser*, Dingliche Anwartschaften, S. 60

459 Vergl. *Soergel-Siebert (Rothe)*, Bem. 3 vor § 854

460 Vergl. *Wolff-Raiser*, § 3 I, S. 18.

461 Vergl. *Baur*, Sachenrecht, § 6, S. 40 f.

Deshalb scheint es nicht zutreffend zu sein,, wenn *Dulckeit*[462] einen Rechtsbesitz annimmt, der in der Ausübung des Rechts bestehen soll und wenn die Übertragung des Forderungsbesitzes durch Erteilung einer Einziehungsermächtigung erfolgen soll[463].

*Löbl* verkennt das Wesen der Zuordnung, verselbständigt sie gegenüber dem Rechtsinhalt[464], wenn er annimmt, das Forderungsrecht bleibe im vollen Umfange dem bisherigen Inhaber zugeordnet[465], die Rechtszuständigkeit verschiebe sich nicht[466], obwohl die Einziehungsbefugnis einem anderen übertragen worden ist[467].

Abgesehen von schuldrechtlicher Überlassung[468] geht das Gesetz bei den beschränkten Rechten im Verhältnis zum Vollrecht davon aus, daß mit der Inhaltsveränderung sich die Zuordnung verändert.

Wer eine aus einem Recht abgespaltene Befugnis (vergl. Nießbrauch und Pfandrecht) erlangt, wird insoweit auch für die abgespaltene Befugnis zuständig[469], sie ist ihm zugeordnet, fällt in sein Vermögen und haftet seinen Gläubigern[470]. Zugleich erlangt er regelmäßig Rechtsschutz gegen Eingriffe in seine Position[471].

Eine „Substanz der Obligation" ohne entsprechenden Rechtsinhalt kann es nicht geben[472].

Noch ein anderer Gesichtspunkt spricht gegen die Lehre *Löbls*. *Löbl* knüpft nämlich an eine sekundäre Erscheinung an[473].

---

462 A. a. O., S. 47 f. Vergl. auch *Jacobi* in *Ehrenbergs* Hdb. IV 1, S. 187

463 *Dulckeit* a. a. O., S. 48

464 Vergl. oben S. 65 f.

465 A. a. O., S. 324

466 A. a. O., S. 332

467 *Löbl* spürt das selbst, wenn er a. a. O., S. 290, 291 ausführt: „Mit der Annahme dieses von dem Recht auf Leistung verschiedenen Rechts an der Forderung ist allerdings die Vorstellung einer Zession unvereinbar, der lediglich die Rechtswirkung zukommen soll, dem Zessionar im Verhältnis zum Schuldner die Gläubigerstellung zu verschaffen, während im übrigen das Forderungsrecht beim Gläubiger verbleibt. Denn der Anspruch auf Leistung, der in diesem sachenrechtlichen Behältnis, dem Recht an der Forderung, enthalten ist, kann offenbar nur mit diesem übertragen werden."

468 Vergl. oben S. 30.

469 Dieser Konsequenz glaubt auch die Lehre von der Ermächtigung nach § 185 BGB entgehen zu können. *Westermann*, Sachenrecht, § 3 III, S. 20: Die Einziehungsermächtigung schafft keine Zuordnung. — Vergl. auch oben S. 27 f.

470 Denselben Einwand müßte sich auch die Lehre von der Überlassung zur Rechtsausübung gefallen lassen, wenn es ein Überlassungsgeschäft mit nicht bloß schuldrechtlicher Wirkung geben würde. Auch darin wird die Parallele der beiden Theorien sichtbar.

471 Nach *Löbl* soll er schutzlos bleiben. Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 31. Zutreffend meint *Siebert* a. a. O., S. 154: „Das Achtungsgebot hat nur dann einen Sinn, wenn es mit einem Leistungsgebot verbunden werden kann".

472 So aber *Jacobi* in *Ehrenbergs* Hdb. IV 1 S. 186.

473 Vergl. *Siebert* a. a. O., S. 154 Anm. 10. Deshalb muß *Löbl* auch die dem Recht sonst fremde Übertragung der Verfügung über Normen annehmen (vergl. oben S. 64). Dagegen *Köhler* a. a. O., S. 32.

Die Schutzwirkung folgt der Zuordnung des Forderungsrechts und kann nicht ohne jene gedacht werden. Darum muß jede Überlegung bei diesem Punkt einsetzen.

Erst wenn ein Rechtssubjekt zuständig ist, sichern Schutznormen seine Zuständigkeit, sie folgen der Zuständigkeit[474], sie können deshalb nicht umgekehrt die Zuständigkeit, etwa für die Einziehung einer Forderung, begründen.

Schon aus diesem Grunde ist die Lehre *Löbels* mit der Systematik des geltenden Rechts nicht vereinbar.

Der Umstand, daß auch das Forderungsrecht von außenstehenden Dritten verletzt werden kann[475], [476] weil es diesen möglich ist, die Forderung des Berechtigten zum Erlöschen zu bringen (vergl. die §§ 406–409, 793, 808, 851, 2366, 2367 BGB, 25 Abs. 2 HGB), kann deshalb nur das Zuständigkeitselement beim Forderungsrecht dartun, nicht aber die Zulässigkeit einer der Einziehungsermächtigung ähnlichen Inkassozession.

Demgegenüber dürfte der zutreffende Einwand gegen *Löbl*[477], das Gesetz lasse eine Spaltung der Normen nicht zu, zweitrangig sein. Das Gesetz kann sie nicht zulassen, weil es auch beim Forderungsrecht eine einheitliche Zuordnung kennt[478], die Spaltung würde Inhalt und Zuständigkeit zerreißen[479], [480].

---

474 Vergl. *Heck*, Schuldrecht, § 150, S. 458: eine Sanktionsnorm setze ein durch andere Normen geschaffenes Gebotsgebilde als gegeben voraus.

475 *Heinemann*, *Gruchot*, 70, 496 f. (498) / *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, S. 42 f. / *Oertmann*, *Iher. J.* 66, 159 f. / *Oertmann*, AcP 123, 143 f. / *Oertmann*, Komm. Bem. 3 a vor § 241 / Larenz, Schuldrecht I, § 2 II, S. 10, § 29 III, S. 294 / Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 60 f. / vergl. noch *von Tuhr* I § 11 II 2, S. 211
*A. A.:*
Motive II, 727; *En.-L.* § 1 II 1, S. 2 und § 234 I 1 d, S. 943; *En.-N.* § 79 C; *Esser*, Schuldrecht, § 202, 1 b, cc, S. 845; *Köhler* a. a. O., S. 28 f.; *Siebert* a. a. O., S. 152 f.; *Wolff-Raiser* § 120 VIII, S. 485.

476 Nicht notwendig wird daraus folgen, daß § 823 Abs. 1 BGB Anwendung finden muß (vergl. *v. Tuhr* I § 11 II 2, S. 211; *Heck*, Schuldrecht, § 150, 2, S. 459; *Dulckeit* a. a. O., S. 18 Anm. 10), doch wird man dies mit einer im Vordringen befindlichen Lehre für den unberechtigten Eingriff eines Dritten in die Rechtszuständigkeit des Gläubigers für richtig halten müssen.
Vergl. *Baur*, Sachenrecht, § 3 I 1, S. 10; *von Caemmerer*, Festschrift für *Rabel*, S. 355; *Larenz*, Schuldrecht I, § 2 II, S. 10 und Schuldrecht II § 66 I a, S. 351; *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 63; *Siber*, Schuldrecht, S. 450, 451.
BGHZ 12, 317, 318, behandelt nicht den Eingriff in die Rechtszuständigkeit. Der BGH stellt dort nur fest, die einfache Verletzung schuldrechtlicher Ansprüche erzeuge keine Schadenersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung.

477 *Köhler* a. a. O., S. 31, vergl. noch *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 676.

478 Zunächst hatte *Oertmann (Iher. J.* 66, 154 f.) aus der Forderung ein Recht auf Anerkennung gegen Dritte hergeleitet, später jedoch (in AcP 123, 145) seine Ansicht dahin eingeschränkt, es handle sich um Innen- und Außenwirkung der Obligation.

479 Vergl. oben S. 65 f., 68.

480 *Löbl* hat das offenbar bedacht (vergl. Anm. 467), glaubte aber mit seiner Schutznormenlehre einen Ausweg gefunden zu haben.

## § 22:

### *Einziehungsermächtigung und beschränkte Rechtsübertragung*

Kann weder die Ermächtigungslehre noch die Lehre *Löbls* ein Einziehungsrecht des Ermächtigten begründen, so wird deutlich, daß die gesuchte Rechtsform ihren Standort bei den beschränkten Rechten an Rechten haben müßte, daß sie nur mit einer Abspaltung aus dem Forderungsrecht hinreichend erklärt werden könnte.

Eine Rechtsfortbildung in dieser Richtung wird sich nicht an dem numerus clausus stoßen dürfen[481], der nach herrschender Lehre auch für Rechte an Rechten gilt[482], auch nicht daran, daß die Beziehungen des Rechtsinhabers zum Forderungsrecht damit weitgehend gelöst seien[483], denn das Gesetz läßt Nießbrauch und Pfandrecht an Forderungen ebenfalls zu.

Nießbrauch und Pfandrecht sind d i e Rechte an Forderungen[484], nicht einzelne Rechte an Forderungen in dem Sinne, wie die einzelnen Schuldverhältnisse des BGB aufzufassen sind, als Katalog der gebräuchlichsten Typen, der sich beliebig erweitern läßt.

Der Grund, der solche Beschränkung fordert, ist nicht die Dinglichkeit der Rechte[485], sondern das Verkehrsbedürfnis, der Zwang zu klaren Formen im Rechtsverkehr[486]. Der Schuldner könnte sich sonst einer großen Zahl abgeleitet Berechtigter gegenübersehen, deren Berechtigung dem Umfang nach er erst umständlich prüfen müßte. Deshalb ist der numerus clausus mit der herrschenden Lehre nicht auf Sachenrechte im engeren Sinne zu beschränken.

Der Sinn der Typenbeschränkung ist aber nur der, es den Parteien zu verbieten, beliebige beschränkte Rechte zu begründen, nicht aber „das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen . . ."[487], [488].
Hat insbesondere die ältere Rechtslehre die Einziehungsermächtigung unter

---

481 Vergl. *von Tuhr*, II 1 § 45, S. 67, *Planck-Siber*, § 398, 1 b ß

482 Motive III, 538 / *Baur*, Sachenrecht, § 1 II 2, S. 3 i. V. mit § 60 I 2, S. 560 / *von Brunn* a. a. O., S. 11 Anm. 6 / *E. Cohn*, ZHR 92, 346 / *Köhler* a. a. O., S. 26 / *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 IV c Anm. 4, S. 308 / *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 678 / *Ludewig* a. a. O., S. 46 / *Palandt-Danckelmann*, § 398 Anm. 7 / *Planck-Siber*, § 398, 1 b ß / *Siebert* a. a. O., S. 249 f., 251 / *Siber*, Schuldrecht, S. 145 / *Staudinger-Werner*, II zu § 398 / *Westermann*, § 3 III, S. 20 / vergl. auch *Esser*, Schuldrecht, 1. Aufl. § 185, 2, S. 187.
A. A.: *Heck*, Schuldrecht, § 68, 2. Zustimmend wohl *Siebert* a. a. O., S. 240.

483 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 13 und *En.-L.* § 78 I 2 zum Römischen Recht.

484 *Köhler* a. a. O., S. 26 / *Palandt-Danckelmann* § 398 Anm. 7 / *Siber*, Schuldrecht, S. 145 / Siebert a. a. O., S. 251.

485 So *Heck*, Schuldrecht, § 68, 2. Vergl. auch RGZ 99, 143: Die Abtretung sei ein dinglicher Vertrag und im Gebiet der dinglichen Rechte sei der Privatwillkür kein freier Spielraum gelassen.

486 Vergl. *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 138

487 *Raiser*, Dingl. Anwartschaften, S. 55.
Vergl. auch *Wolff-Raiser*, § 2 II 1, S. 10 und *Siber*, Schuldrecht, S. 145.

488 Sinngemäß gilt das auch für Rechte an Rechten.

dem Aspekt einer beschränkten Rechtsübertragung behandelt[489], so findet sich diese Anschauung auch in der modernen Rechtslehre, obwohl das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof sich in ständiger Rechtsprechung auf § 185 BGB stützen.

*Lehmann*[490], der sich maßgeblich für die Ermächtigungslehre nach § 185 BGB einsetzt, spricht dennoch von einer „Zession mit beschränkter Wirkung" und von dem „teilweisen Eintritt des Ermächtigten in die eigene Rechtsstellung des Zedenten"[491]. Hinter diesen Ausdrücken kann wohl nur die Vorstellung einer beschränkten Rechtsübertragung stehen[492].

*Palandt-Danckelmann*[493] erklären die Einziehungsermächtigung mit der „Übertragung eines bloßen Forderungsausschnitts", mit einer bloß beschränkten Übertragung und sprechen von einer Spaltung des Forderungsrechts, die das Gesetz aber nur für Nießbrauch und Pfandrecht zulasse.

Auch für *Larenz*[494] bedeutet die Einziehungsermächtigung eine Spaltung des Gläubigerrechts[495].

Noch in späteren Entscheidungen des Reichsgerichts finden sich Begründungen, die sich mit § 185 BGB schwerlich vereinbaren lassen. 1941 führt das Reichsgericht in RGZ 166, 238 aus: „Das Berufungsgericht erblickt in dieser Vollmacht eine Einziehungsermächtigung im Sinne einer teilweisen Rückübertragung des Gläubigerrechts. Diese Rechtsauffassung begegnet keinen rechtlichen Bedenken." ... „eine derartige Abtretung nur des Verfügungsrechts[496] über eine Forderung ist nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts zulässig"[497].

Deutlicher noch tendiert RGZ 170, 191 (1942) zur beschränkten Rechtsübertragung: „Anna W. war auch durch einen bloßen Einziehungsauftrag oder die sog. Abtretung zum Einzug, somit durch eine abgeschwächte Abtretung, zur Klageerhebung im eigenen Namen befugt."

Wie bei jeder Rechtsfortbildung bedürften viele Fragen der praktischen Ausformung eingehender Untersuchung[498].

---

489 *Haymann*, JW 32, 399 / *Heck*, Schuldrecht § 68, 2 / *Krückmann*, AcP 103, S. 286 / Nußbaum, JW 28, 629 (seine Ansicht allerdings, § 185 BGB ermögliche ein neues Verfahren zur Erzeugung von Tochterrechten, ist nicht zu billigen) / *Planck-Siber*, 398, 1 b ß / *Siebert* a. a. O., S. 240 / *von Tuhr* II 1 § 45, S. 67.

490 In *En.-L.* § 79 IV 2, S. 321

491 Dagegen *Müller-Freienfels*, a. a. O., S. 102, 103

492 Man wird bei aller Zurückhaltung nicht zuviel sagen, wenn man darin ein Eingeständnis der Schwäche der Ermächtigungslehre erblickt. Vergl. oben S. 61 f. und *Löbl* a. a. O., S. 277.

493 § 398 Anm. 7.

494 Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 308

495 Vergl. weiter: *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2; *Hoche*, Zivilprozeß, S. 167 Anm. 181; *Köhler* a. a. O., S. 25; *Sorgel-Siebert (Schmidt)* S. 398 Bem. 14.

496 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 9. Die unsaubere Terminologie sei kennzeichnend für die Unklarheit, die auf dem Gebiet der Einziehungsermächtigung herrsche.
Von der Abtretung des Verfügungsrechts zum Zwecke der Einziehung spricht auch der BGH in LM Nr. 1 zu § 185.

497 Vergl. auch RGZ 146, 398 f. (401) und dazu *Erman-Westermann*, § 398 III, 14.

498 Vergl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 308.

Eines wird aber jede derartige Konstruktion beachten müssen:

Die beschränkte Rechtsübertragung, die Abspaltung aus dem Forderungsrecht würde dem Einziehungsberechtigten ein eigenes Recht geben[499], darin würde ja gerade ihr Vorteil gegenüber der Einziehungsermächtigung liegen. Dieses Recht aber wird, wie alle beschränkten Rechte, Bestandteil des Vermögens des Berechtigten und damit dem Zugriff seiner Gläubiger unterworfen. Auch eine konkurrierende Rechtszuständigkeit ist den im Wege konstitutiver Rechtsnachfolge begründeten Rechten fremd[500]. Die Vorteile der Einziehungsermächtigung und der beschränkten Rechtsübertragung lassen sich nicht nach dem ‚Rosinenprinzip' verbinden.

## § 23:

## *Der Nießbrauch an Geldforderungen im Vergleich zur Einziehungsermächtigung*

### *– Anwendung zu § 22 –*

Diese Überlegungen beweist das Gesetz mit dem der Einziehungsermächtigung in manchem ähnlichen Nießbrauch an unverzinslichen Geldforderungen. Dort wird der enge Zusammenhang der Befugnis, vom Schuldner die Leistung zu verlangen, mit der ausschließlichen Zuordnung dieses Rechts sichtbar.

Die folgende Gegenüberstellung soll zeigen, daß in manchen Fällen der Nießbrauch an unverzinslichen Geldforderungen die Einziehungsermächtigung mit dem Vorteil sauberer dogmatischer Begründung ersetzen kann, zugleich aber auch noch einmal die Schwächen der Ermächtigungslehre verdeutlichen. Wie die Ermächtigungslehre dem Ermächtigten, gibt der Nießbrauch dem Nießbraucher ein eigenes Einziehungsrecht, doch mit teilweise erheblich verschiedenen Rechtsfolgen.

Deshalb kann man zwar das Einziehungsrecht des Nießbrauchers als gesetzliche Einziehungsermächtigung bezeichnen[501], muß aber bedenken, daß sich diese Einziehungsermächtigung grundlegend von der nach § 185 BGB unterscheidet.

Nur dem Nießbraucher einer unverzinslichen Forderung gesteht das Gesetz ein ausschließliches Einziehungsrecht zu. (§ 1074 BGB). Nur wenn verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs sind, wird der Einziehungsberechtigte Eigentümer des Geleisteten (§ 1075 Abs. 2 BGB).

Doch haben die Regeln einen weiten Anwendungsbereich.

Einmal sind die Forderungen, für die in der Praxis Einziehungsermächtigungen erteilt zu werden pflegen, regelmäßig unverzinslich. Sind nur Ver-

---

499 Vergl. *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 676

500 *v. Tuhr*, II, 1 § 45 II, S. 62; *Köhler* a. a. O., S. 26. Vergl. auch *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 103.

501 *Baur*, Sachenrecht, § 61 II 2, S. 565, *Westermann*, Sachenrecht, § 140, 4 a, S. 682.

zugszinsen zu entrichten, so wird die Forderung damit nicht zu einer verzinslichen im Sinne § 1076 BGB[502], [503].

Zum anderen können die Parteien beim Nießbrauch an verzinslichen Forderungen die Rechtsfolgen der §§ 1074, 1075 BGB vereinbaren, denn die §§ 1077 f. BGB enthalten dispositives Recht[504].

1. a) Der Nießbraucher einer unverzinslichen Forderung ist ausschließlich zu deren Einziehung im eigenen Namen berechtigt [505], er hat ein eigenes Forderungsrecht[506].

   Der Schuldner kann nur *von einem* Forderungsberechtigten in Anspruch genommen werden, klare Zuständigkeiten werden geschaffen. Damit erledigen sich die in diesem Punkt gegen die Ermächtigungslehre erhobenen Bedenken[507].

   Zugleich ist die Position des Nießbrauchers gegenüber der des Einziehungsermächtigten gefestigter. Der Gläubiger kann, solange der Nießbrauch besteht, die Forderung selbst nicht einziehen, während der Ermächtigende stets (möglicherweise abredewidrig) selbst einziehen kann und so u. U. den Kredit des Ermächtigten, wenn die Einziehungsermächtigung mit einer Sicherungsabtretung gekoppelt ist, schädigen kann, ohne daß der Ermächtigte vielleicht dazu Anlaß gegeben hat.

   b) Die Ermächtigungslehre nimmt konkurrierende Rechtszuständigkeit an[508] , sie muß dies über § 185 BGB annehmen, da die Einwilligung

---

502 Vergl. Motive, III, 551; *Staudinger-Spreng*, § 1076 Bem. 2; *Wolff-Raiser*, *§ 121*, Anm. 7.

503 Ob eine Forderung i. S. § 1076 BGB verzinslich ist, wenn gesetzliche Zinsen, z. B. nach §§ 452, 641 BGB, 354 Abs. 2 HGB, entstehen, ist bestritten..
Verneinend: *Palandt-Hoche*, § 1076 Bem. 1; *Planck-Brodmann*, § 1076 Bem. 2; *Soergel-Siebert (Butteweg)* § 1076 Bem. 2; *Staudinger-Spreng* § 1076 Bem. 2.
Bejahend: *Wolff-Raiser*, § 121 Anm. 7; RGRK *(Denecke)* § 1076.

504 Motive III, 551 / *Erman-Ronke*, § 1076 / *Palandt-Hoche* § 1076 Bem. 1 / RGRK *(Denecke)* § 1076 / *Soergel-Siebert (Mühl)* § 1076 Bem. 1 / *Staudinger-Spreng* § 1076 Bem. 3 / KG in KGJ 40, 276.
Insbesondere vom wirtschaftlichen Standpunkt her wäre es kaum verständlich, wenn die Parteien nicht etwa nieder verzinsliche Forderungen den Regeln über unverzinsliche unterstellen könnten.

505 *Eichler*, Institutionen des Sachenrechts II 2, S. 576 / *Erman-Ronke* § 1074 Bem. 2 / *Staudinger-Spreng*, § 1074 Bem. 1 und 3 / *Wolff-Raiser* § 121 I, S. 486 / *Westermann*, Sachenrecht, § 140, 4 a, S. 682.
Der Gläubiger kann höchstens auf Leistung an den Nießbraucher klagen.
Vergl. *Planck-Brodmann*, § 1074, 1 a; *Erman-Ronke*, § 1074 Bem. 2.

506 Vergl. oben S. 72.
Das ist für die Domatik der eigentliche Vorzug des Forderungsnießbrauchs. Die Einwilligung nach § 185 BGB gibt dem Einwilligungsempfänger kein Recht, vom Schuldner die Leistung zu verlangen. Vergl. oben S. 61.

507 *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2, S. 424 und § 92, 2 a, S. 425 / *Köhler* a. a. O., S. 26 / *Larenz*, Schuldrecht I § 30 IV, S. 308 und Methodenlehre, S. 308 / *Löbl* a. a. O., S. 309 f. / *Nußbaum*, JW 28, 629 f.

508 *Blomeyer*, Allg. Schuldrecht, § 45 IV 5 b, S. 306 / *Erman-Westermann*, § 398 III, 15 / *Flume*, NJW 50, 850 / *Heinemann*, *Gruchot*, 70, 516 / *Kreß*, Schuldrecht, S. 518 /

die Verfügungsbefugnis des Einwilligenden unberührt läßt.
Sie gestattet kein ausschließliches Einziehungsrecht des Ermächtigten, weil die Verfügungsbefugnis des Ermächtigenden nicht rechtsgeschäftlich ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (§ 137 BGB)[509].
Nur dort wird die konkurrierende Rechtszuständigkeit nach der Ermächtigungslehre bedeutungslos, wo der Besitz einer Urkunde Voraussetzung der Rechtsausübung ist[510].
Auch die Prozeßführungsbefugnis des Ermächtigenden bleibt bestehen, nur muß er sich die Einrede der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft aus dem Prozeß des Ermächtigten entgegenhalten lassen[511].

2. Der Nießbraucher hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen (§ 1074 Satz 2 BGB). Diese Pflicht des Nießbrauchers entspricht den Interessen des Einziehungsermächtigenden.

3. a) Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Nießbraucher nicht berechtigt (§ 1074 Satz 3 BGB).
Er kann die Forderung nicht übertragen, erlassen, stunden, sich dar-

---

*Ludewig* a. a. O., S. 49, 93, 94 / *Nußbaum*, JW 28, 629 / *Siebert*, a. a. O., S. 246 / *Soergel-Siebert (Schultze-v. Lasaulx)* § 185 Bem. 22 / *Staudinger-Coing*, 63 d vor § 164. Vergl. auch *Köhler* a. a. O., S. 9 und 25 und für den Grundbuchberichtigungsanspruch: RGRK *(Denecke)* § 894 Anm. 2; *Westermann*, Sachenrecht, § 3 III, S. 20 und § 73 II 1 b, S. 356; *Wolff-Raiser*, § 46 VI 1, S. 153.
— Anderer Ansicht *Löbl* a. a. O., S. 309 f. —
Vergleiche aus der Rechtsprechung:
RG, JW 22, 218 = *Gruchot* 65, 723 f.; RGZ 133, 234 f. (241);
BGH, JZ 54, 438 (insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 11, 47 f.)
Der BGH verwertet in dieser Entscheidung den Parteiwillen, der die konkurrierende Rechtszuständigkeit ausschließen wollte, als Indiz dafür, daß nicht eine Ermächtigung erteilt sei, sondern eine Vollrechtsübertragung vorliege.
Nicht eindeutig erscheint BGHZ (GrS) 4, 153 f. (167). Dort läßt der BGH eine Einziehungsermächtigung für unpfändbare Rentenansprüche nur als widerrufliche zu. Er führt dann aus: „Der Rentenberechtigte darf, soweit der Ermächtigte noch keinen Gegenwert geleistet hat, in keiner Weise behindert werden, den Rentenanspruch zur Deckung seines Lebensunterhalts wieder selbst geltend zu machen."
(Vergl. auch *Baur*, Sachenrecht, § 18 IV 2: „Im übrigen ist K. — der Ermächtigende — nicht gehindert, die Ermächtigung zu widerrufen und den Berichtigungsanspruch selbst zu erheben.")
Der BGH scheint hier anzunehmen, mit der Einziehungsermächtigung begebe sich der Ermächtigende seines Einziehungsrechts, denn ein Widerruf ist nur dann vonnöten, wenn der Ermächtigende das Einziehen durch den Ermächtigten unterbinden will, nicht aber, damit der Ermächtigende wieder selbst einziehen kann. Nimmt man nämlich konkurrierende Rechtszuständigkeit an, so kann er stets selbst einziehen.
(Vergl. *Ludewig* a. a. O., S. 70, 74, 94. Auch wenn er eine unwiderrufliche Ermächtigung erteilt hat — vergl. *Ludewig*, Allg. Rechtsgrundsätze, S. 82).

509 Vergl. *Ludewig* a. a. O., S. 70 und Allg. Rechtsgrundsätze, S. 82 f.; *Siebert* a. a. O., S. 306 f.; *Staudinger-Coing*, 63 d vor § 164; BGH, JZ 54, 439.
Zweifelnd wohl *Wolff-Raiser*, § 179 III 3, S. 738 zu Anm. 34, besonders aber *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 127 f.

510 Vergl. *Köhler* a. a. O., S. 39; *Ludewig* a. a. O., S. 104; *Müller-Freienfels* a. a. O., Seite 127.

511 *Rosenberg*, Lehrbuch des dtsch. Zivilprozeßrechts, § 45 II 2 c, S. 196.

über vergleichen oder eine andere als die geschuldete Leistung an Zahlung Statt annehmen.[512] Die Bestimmung trägt dem eigentlichen Zweck der Einziehungsermächtigung voll und ganz Rechnung.

Die Einziehungsermächtigung wurde oben Seite 2 als notwendiges Korrelat zu den atypischen Sicherungsmitteln, insbesondere zu der Sicherungsabtretung, gekennzeichnet.

Der Sicherungszessionar muß Sorge tragen, daß ihm die Substanz der abgetretenen Forderung erhalten bleibt. Er ist nur bereit, auf die Forderung zu verzichten, wenn ihr Gegenwert in das Vermögen des Einziehenden fließt. Könnte der Ermächtigte auf die Forderung verzichten oder sie abtreten, so wäre seine Sicherung wertlos[513].

b) Die Einwilligung zur Einziehung nach §185 BGB „berechtigt« den Ermächtigten, da sich die Verfügungsermächtigung insoweit auf die Einziehung beschränkt[514], ebenfalls nur zur Einziehung[515].

4. Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Nießbraucher, wenn verbrauchbare Sachen geleistet werden, das Eigentum an dem geleisteten Gegenstande (§ 1075 Abs. 2 BGB).

---

512 Im Wirtschaftsleben muß der Nießbraucher mitunter dem Schuldner entgegenkommen, entweder im Interesse weiterer Geschäftsbeziehungen oder weil er sonst die Forderung nicht mehr einziehen könnte. Hier hilft eine ausdehnende Auslegung. Wenn Erlaß, Stundung und Vergleich im Einzelfall bei verständiger Würdigung aller Umstände im Interesse ordnungsmäßiger Einziehung und deshalb auch im Interesse des Gläubigers geboten sind, sind diese Verfügungen auch dem Gläubiger gegenüber wirksam
So *Staudinger-Spreng*, § 1074 Bem. 3 mit Angaben über den Stand der Meinungen. Vergl. auch für die Stundung: *Planck-Brodmann*, § 1074 Bem. 3.

513 Vergl. BGHZ 32, 361

514 *Ludewig* a. a. O., S. 43, 47 / *Siebert* a. a. O., S. 295 / *Köhler* a. a. O., S. 10, 59, 62 / vergl. auch *Löbl*, AcP 130, 40 f. insbes., S. 40 Anm. 135 und *Keller*, NJW 57, 1788.

515 Vergl. neben den in Anmerkung 514 Genannten:
*En.-L.* § 79 IV 2, S. 323; RGRK *(Löscher)* § 398 Anm. 44; *Soergel-Siebert (Schmidt)* § 398 Bem. 14; BGHZ 4, 153 f. (165) und BGHZ 32, 357 f. (361): „Die dem Vorbehaltskäufer eingeräumte Ermächtigung deckt nicht solche Verfügungen, die, wie hier die Abtretung des Händlers H. an die Beklagte, zum Ziel haben, den Gegenwert der an den Vorbehaltsverkäufer abgetretenen Forderung einem anderen zuzuwenden.“
Vergl. dazu *Flume* NJW 59, 921 Anm. 34 und die Anmerkung von *Rietschel* in LM Nr. 11 zu § 185.
Zu weit gehende Befugnisse gibt meines Erachtens das Reichsgericht dem Einziehungsermächtigten in RGZ 170, 192: „Hatte aber die Übernehmerin A. W. im vorausgegangenen Rechtsstreit das Verfügungsrecht über denselben Anspruch, die Einziehungs- und Klagebefugnis (RG 146, 501), so standen ihr das Verfügungsrecht über den Klagegegenstand und somit alle Rechte eines Klägers zu, also auch das Recht auf Zurücknahme der Klage unter Anspruchsverzicht, wie jedem anderen Kläger.“
Die Entscheidung billigen *Erman-Westermann*, § 398 III, 15.
Anhaltspunkte, daß sich das Reichsgericht von ähnlichen Erwägungen hätte leiten lassen, wie sie in Anmerkung 512 erwähnt wurden, sind nicht ersichtlich. Die dort dargestellten Grundsätze dürften auch für die Einziehungsermächtigung gelten. Keller berichtet in NJW 57, 1787 f. von einer Entscheidung des Kammergerichts, nach der das dem Vorbehaltskäufer zugestandene Einziehungsrecht alle Möglichkeiten der Forderungsverfügung erfassen solle. Der Vorbehaltskäufer (Ermächtigter) sei nicht nur zur Einziehung, sondern zu jeder anderen Verwertung, etwa zur Weiterabtretung, berechtigt.

Bei Geldforderungen, den für die Praxis wichtigsten Fällen, erreicht man also mit dem Nießbrauch dieselbe Wirkung, wie sie die Ermächtigungslehre behauptet[516].

Nach Beendigung des Nießbrauchs hat der Nießbraucher dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Gegenstände zurzeit der Bestellung hatten (§§ 1075 Abs. 2, 1067 BGB).

Auch diese Bestimmung wird den Interessen der Parteien regelmäßig gerecht werden, wenn der Gläubiger sich zuvor die Forderung zur Sicherheit hat abtreten lassen. Da sie aber nachgiebiges Recht enthält[517], können die Parteien Abweichendes vereinbaren. Sie werden darüber schon bei Abschluß der Sicherungsvereinbarung bestimmen[518].

5. a) Der Nießbrauch an einer Forderung wird durch einfachen Vertrag begründet (§ 1069 Abs. 1 BGB). Eine Anzeige an den Schuldner, wie sie § 1280 BGB für die Verpfändung einer Forderung verlangt, ist nicht erforderlich. Für die außergerichtliche Einziehung bleibt, wenn der Schuldner freiwillig an den Nießbraucher leistet, das „Geheimhaltungsinteresse" gewahrt[519].

   b) Die Einziehungsermächtigung wird einseitig erteilt (§ 182 Abs. 1 BGB). Doch läßt *Ludewig*[520] auch eine Ermächtigung durch Vertrag zu.

6. a) Der Gläubiger kann mehrere Nießbrauchsrechte an derselben Forderung bestellen. Konkurrieren aber mehrere Nießbrauchsrechte, so bedeutet das später bestellte Recht für seinen Inhaber nichts „als die Aussicht, durch Erlöschen des vorgehenden Nießbrauchs in den Genuß der Sache – bzw. der Forderung – einzurücken"[521].

   b) Auch der Ermächtigende kann beliebig Ermächtigungen erteilen[522], das folgt aus dem Wesen der Zustimmung, ohne daß allerdings wie bei den beschränkten Rechten Rangvorschriften ordnend eingreifen.

7. a) Der Nießbrauch wird dadurch nicht berührt, daß der Gläubiger die Forderung abtritt[523].

   b) Die Ermächtigung dagegen kann dann nicht mehr wirken[524]. Sie geht zwar rechtsgeschäftlich nach wie vor in Ordnung[525], nur fehlt dem Gläubiger die Verfügungsmacht.

---

516 Vergl. *En.-L.* § 79 IV 2, S. 323; *Köhler* a. a. O., S. 7, 63; *Ludewig* a. a. O., S. 93 und BGHZ 4, 165.

517 *Palandt-Hoche*, § 1067 Bem. 3 / *Soergel-Siebert (Mühl)* § 1067 Bem. 2 / *Staudinger-Spreng, § 1067 Bem. 2.*

518 Vergl. *Baur*, Sachenrecht, § 58 I 1 b cc, S. 538.

519 Vergl. oben S. 2.

520 A. a. O., S. 69.

521 *v. Tuhr* II 1 § 45 II 6, S. 77 und dort Anm. 93. § 1060 mit §1209 BGB. § 1209 BGB gilt entsprechend *(v. Tuhr* a. a. O.). Vergl. auch *Baur*, Sachenrecht, § 55 I 3 c, S. 497.

522 *Raiser*, JZ 54, 440.

523 *v. Tuhr* II 1 § 45 II 4, S. 74, 75.

524 *Köhler* a. a. O., S. 38; *Krückmann*, Festschrift f. d. Reichsgericht III, S. 96.

525 *Krückmann*, Festschrift f. d. Reichsgericht III, S. 96.

8. a) Nach § 1069 II BGB kann der Nießbrauch an einem unübertragbaren Recht nicht bestellt werden.
   b) Auch das Reichsgericht hatte in RGZ 146, 398 f. (401) mit guten Gründen[526] eine Einziehungsermächtigung für unpfändbare[527] Forderungen nicht zugelassen[528]. Im Grundsatz hält daran auch der BGH fest[529]. Er läßt aber dann eine Ausnahme zu, wenn der Inhaber der unpfändbaren Forderung von einem Dritten bereits deren Gegenwert erhalten hat und der Forderungsberechtigte diesem Dritten dann eine Einziehungsermächtigung erteilt.
9. a) Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers (§ 1061 BGB)[530]. Nur unvollkommen könnte eine durch Erlöschen des Nießbrauchs bedingte Nießbrauchsbestellung zugunsten einer zweiten Person helfen[531], weil dann u. U. Einziehungsberechtigter und späterer Erbe verschiedene Personen sein könnten[532].
   Der Forderungsinhaber kann sich aber dem Nießbraucher verpflichten, nach dem Tode des Nießbrauchers dessen Erben einen neuen Nießbrauch zu bestellen[533].
   Berücksichtigt man den Nießbrauch im Zusammenhang mit einer Sicherungszession, so wird diese Möglichkeit genügen, da der Gläubiger selbst ein Interesse an der ordnungsmäßigen Einziehung durch den Nießbraucher bzw. dessen Rechtsnachfolger hat.
   b) Die Ermächtigungslehre nimmt an, daß die Ermächtigung in der Regel (auch) im Interesse des Ermächtigten erteilt werde und deshalb nach der Absicht der Parteien meist vererblich sei[534].
10. Der Gläubiger kann die Nießbrauchsbestellung nicht wie die Ermächtigung widerrufen[535, 536], wohl aber kann er den Nießbrauch auflösend

---

526 Ebenso RGRK § 398 Anm. 43, Kreß, Allgem. Schuldrecht, S. 520.
527 Vergl. § 400 BGB
528 *Anders* RGZ 94, 137
529 BGHZ 4, 153 f. (165 f.). Vergl. auch BGH LM Nr. 3 zu § 847 BGB.
530 Abweichende Vereinbarungen sind wirkungslos. Vergl. *Eichler*, Institutionen II 2, S. 570 Anm. 11; *Planck-Brodmann*, § 1030 Anm. 5; *Staudinger-Spreng*, § 1030 Anm. 15; *Wolff-Raiser*, § 118 II 1, S. 478.
531 Vergl. *Westermann*, Sachenrecht, § 121 V, S. 601.
532 Vergl. zur Bestellung zugunsten der Erben als vorläufig unbekannte Berechtigte: *Wolff-Raiser*, § 118 Anm. 12.
533 *Westermann*, Sachenrecht, § 121 V, S. 601, *Wolff-Raiser*, § 118 Anm. 12
534 *Ludewig* a. a. O., S. 55. Das Erlöschen der Ermächtigung bestimme sich allein nach dem Wesen der Ermächtigung; die Analogie zur Vollmacht sei tunlichst zu vermeiden (so *Ludewig*, Allg. Rechtsgrundsätze, S. 51). Vergl. aber *Löbl*, AcP 130, 24, 27, 28.
535 Für die Ermächtigung: *En.-L.*, § 79 IV 2; *En-N.* § 204 III 2; *Esser*, Schuldrecht, § 92, 2 S. 424; *Ludewig*, a. a. O., S. 70 und Allg. Rechtsgrundsätze, S. 28.
   Die Ermächtigung kann auch unwiderruflich erteilt sein *(En.-L.* § 79 IV 2). Wenn *Ludewig* a. a. O., S. 70 annimmt, mangels ausdrücklicher Parteibestimmung sei die Ermächtigung im Zweifel dann unwiderruflich, wenn sie ausschließlich oder teilweise im Interesse des Ermächtigten erteilt sei, so dürfte diese Regel bei der heutigen wirtschaftlichen Bedeutung der Einziehungsermächtigung zu weit gehen.
536 *Löbl* genügt der Widerruf allein nicht, um die Einziehungsbefugnis des Inkassomandatars zu beseitigen, (AcP 130, 23). Nach dem Widerruf ist der Inkassomandatar

bedingt bestellen[537, 538], sein Fortbestehen davon abhängig machen, daß der Nießbraucher und Schuldner[539] seine Verpflichtungen ihm gegenüber erfüllt.

Mit dem Einzug der Geldforderung durch den Nießbraucher erlischt der Nießbrauch (§ 1075 II). Gerade in diesem Punkt gleichen sich beide Institute an.

11. a) Gemäß § 1070 Abs. 1 BGB finden die Schuldnerschutzbestimmungen der §§ 404 f. BGB entsprechende Anwendung.
    b) Sie schützen den Schuldner wirkungsvoller[540] als die für die Einziehungsermächtigung empfohlene entsprechende Anwendung der Vollmachtsregeln[541].
12. a) Die Grundsätze der Aufrechnung beim Forderungsnießbrauch sind bestritten. Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß der Nießbraucher außer zur Einziehung zu anderen Verfügungen über die Forderung nicht berechtigt ist (§1074 Satz 3 BGB) und ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden kann (§ 1071 Abs. 1 Satz 1 BGB).

    Eine strenge Auffassung nimmt an, der Forderungsnießbraucher dürfe die Forderung nicht gegen eine ihm gegenüber begründete Forderung des Schuldners aufrechnen und der Schuldner dürfe mit einer Forderung gegen den Nießbraucher nicht gegen die nießbrauchsbelastete Forderung aufrechnen[542].

---

zur Rückzession an den Zedenten verpflichtet, doch soll sich der Schuldner dem Inkassozessionar gegenüber auf den Widerruf berufen können (AcP 130, 26). Der Widerruf soll die Einziehungsbefugnis des Inkassozessionars dem Zedenten gegenüber zum Erlöschen bringen.

Nach der Konstruktion *Löbls* gibt es aber nur eine Einziehungsbefugnis, nicht eine im Verhältnis zum Schuldner und eine andere im Verhältnis zum Zedenten. In Wirklichkeit dürfte der zugrundeliegende Auftrag gemeint sein.

537 *Eichler* II 1, S. 570 Anm. 11; *Westermann*, Sachenrecht, § 121 VII, S. 602; *Wolff-Raiser*, § 118 II 3, S. 479. Vergl. auch RGZ 106, 111.

538 Mit einer auflösenden Bedingung arbeitet die vornehmlich von *Schultze (Iher J.* 43, S. 1 f.) entwickelte Theorie der deutsch-rechtlichen Treuhänderschaft — nach *Ludewig* a. a. O., S. 90 und *Jacobi*, in *Ehrenbergs* Hdb. IV 1, S. 198 entspricht sie nicht dem Parteiwillen —, die, obwohl sie den Einziehungsberechtigten zum Vollrechtsinhaber macht, im Ergebnis in ihrer praktischen Verwendung mit der Einziehungsermächtigung konkurrieren kann.

539 Wenn mit dem Nießbrauch eine Abtretung zur Sicherung bestehender Forderungen verbunden ist.

540 Den Schuldnerschutz und damit den Verkehrschutz sollte keine — wie immer geartete — Ausgestaltung der Einziehungsermächtigung gegenüber der interessengemäßen Ausformung des Verhältnisses Ermächtigender — Ermächtigter vernachlässigen. Darauf weist insbesondere *Larenz*, Methodenlehre, S. 308, hin.

541 *Ludewig* a. a. O., S. 69, vergl. aber a. a. O., S. 70 und Allg. Rechtsgrundsätze, S. 10. *Erman-Westermann*, § 398 III 15; *En.-L.* § 79 IV 2, S. 323; *Kreß*, Schuldrecht, S. 519 — vergl. aber dort Anm. 95 —; *Siebert* a. a. O., S. 295.

Nach *Esser* (Schuldrecht, § 92, 2, S. 424), soll es keinen Schuldnerschutz geben.

542 *Eichler*, Inst. II 2, S. 576 / *Planck-Brodmann*, § 1074 Bem. 3 / *Soergel-Siebert* (Mühl) § 1074 Bem. 3, vergl. dort auch § 1070 Bem. 3.

Dagegen stellen *Wolff-Raiser*[543] die Aufrechnung der Einziehung nach § 1074 BGB gleich[544]. Andere[545] nehmen an, die Aufrechnung sei dann nur eine besondere Art der Einziehung, wenn die dem Nießbrauch unterworfene Forderung auf Geld oder sonstige verbrauchbare Sachen gehe.

Der Gläubiger kann die Nießbrauchsforderung nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufrechnen (§ 1071 Abs. 1 Satz 1 BGB). Doch kann der Schuldner unter den Voraussetzungen der §§ 1070, 406 BGB mit einer Forderung gegen den Gläubiger ohne Zustimmung des Nießbrauchers aufrechnen[546].

b) Wird sich die Auslegung des § 1074 Satz 3 BGB vorwiegend an praktischen Erwägungen orientieren müssen, so besteht über § 1071 BGB doch ein Unterschied zur Einziehungsermächtigung.

Bei ihr führt der Ausgangspunkt, der Ermächtigte mache das Recht des Ermächtigenden geltend[547], zu folgenden Grundsätzen: Der Schuldner kann gegen die Forderung, die der Einziehungsermächtigte geltend macht, mit einer Forderung gegen den Rechtsinhaber aufrechnen, weil dieser nach der Ermächtigungslehre wahrer Gläubiger geblieben ist[548], nicht dagegen mit einer Forderung gegen den Ermächtigten[549].

13. Wie oben S. 72 angekündigt, wirken sich die dogmatischen Unterschiede beider Institute vornehmlich in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs aus.

a) Der Nießbrauch begründet ein Interventions- bzw. Aussonderungsrecht[550], weil dem Nießbraucher ein eigenständiges Recht verliehen ist.

Der Nießbrauch dient den Gläubigern des Nießbrauchers als Vollstreckungsgegenstand [551]. Angesichts der §§ 1059 BGB, 857 Abs. 3 ZPO ist streitig, ob Gegenstand der Vollstreckung der Nießbrauch selbst oder nur das nach § 1059 BGB begründete Recht auf Aus-

---

543 § 121 I, S. 485 und dort Anm. 1

544 Im gleichen Sinne *Erman-Ronke*, § 1074 Bem. 3, und RGRK *(Denecke)* § 1074 Bem. 3 für den Fall, daß der Nießbraucher mit der Forderung dem Schuldner gegenüber aufrechnet. Dagegen soll der Schuldner nicht mit einer gegen den Nießbraucher begründeten Forderung aufrechnen können — vergl. RGZ 103, 28.

545 *Staudinger-Spreng*, § 1074 Bem. 3, *Westermann*, Sachenrecht, § 140, 4 a, S. 682

546 *Erman-Ronke*, § 1071, Bem. 3 — *Palandt-Hoche* § 1071 Bem. 1 / *Planck-Brodmann*, § 1071 Bem. 1 / RGRK *(Denecke)* § 1071 Bem. 1

547 Vergl. *Kreß*, S. 519 und unten S. 81.

548 *En.-L.* § 79 IV 2 / *Kreß*, Schuldrecht, S. 518 / RGRK, *(Löscher)* § 398 Anm. 45. Vergl. auch *Löbl*, AcP 130, 33

549 *En.-L.* § 79 IV 2 / *Erman-Westermann*, § 398 III, 15 / *Ludewig* a. a. O., S. 93 / BGHZ 25, 360 = NJW 58, 19, 20. — Vergl. auch *Esser*, § 92, 2, S. 424, und *Löbl*, AcP 130, 35, 36. / A. A.: *Kreß*, S. 518 Anm. 90.

550 *Jaeger-Lent*, KO § 43 Anm. 26 / *Köhler* a. a. O., S. 38 / *Staudinger-Spreng*, Bem. 3 vor § 1068.

551 *Köhler* a. a. O., S. 38

übung ist[552]; der grundsätzliche Unterschied zur Einziehungsermächtigung bleibt davon aber unberührt.

Erst mit der Einziehung, da beidemal der Einziehende Eigentümer des Geleisteten wird, stehen Einziehungsermächtigter und Nießbraucher in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs gleich.

Der Nießbrauch als Stammrecht ist konkursfrei, doch fallen die aus dem Nießbrauch fließenden Rechte in die Konkursmasse[553].

b) Die Einziehungsermächtigung gibt dem Ermächtigten in der Zwangsvollstreckung gegen den Ermächtigenden und in dessen Konkurs keine Rechte.

Die Gläubiger des Ermächtigenden können ohne Rücksicht auf das Einziehungsrecht des Ermächtigten die Forderung pfänden. Im Konkurs des Ermächtigenden hat der Ermächtigte kein Aussonderungsrecht[554].

Mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ermächtigenden erlischt die widerrufliche wie die unwiderrufliche Ermächtigung, wenn ihr ein Auftrag, ein Dienst- oder Werkvertrag zugrunde liegt (§§ 23 KO, 168 BGB analog).

Selbst wenn sie nach diesen Vorschriften nicht erlischt, so ist eine von dem Ermächtigten vorgenommene Verfügung den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7 KO)[555].

Die Gläubiger des Ermächtigten haben keine Zugriffsmöglichkeit auf das Einziehungsrecht[556].

14. a) Die Rechtskraft des im Prozeß zwischen Nießbraucher und Schuldner ergehenden Urteils erstreckt sich nicht auf den Gläubiger[557].

---

552 Für die erste Auffassung: *Schönke-Baur*, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, § 23 I 2, S. 90; *Köhler* a. a. O., S. 19; *Stein - Jonas - Schönke*, § 857 II 4 b / *Wieczorek* IV § 857 B III a 1; wohl auch *Rosenberg*, Lehrbuch, § 192 I 2 b, S. 1017. Nach dieser Meinung wirkt sich § 1059 BGB dahin aus, daß das Nießbrauchsrecht selbst nicht verwertet, sondern nur dem Gläubiger zur Nutzung gegeben werden darf. Für die zweite Meinung: vergl. *Palandt-Hoche*, § 1059 Bem. 3 unter Hinweis auf § 1059 a und die eingehenden Ausführungen des Reichsgerichts in RGZ 74, 78 f. (83 f.); weiter: KG JW 38, 676; Schleswig-Holst. OLG, Schleswig-Holst. Anzeigen 1956, 202.

553 Vergl. *Böhle-Stamschräder*, KO, § 1 C e, cc; *Jäger-Lent*, KO § 1 Anm. 39; *Schönke-Baur*; § 54 B III, S. 237; *Soergel-Siebert (Mühl)* § 1059 Bem. 11.

554 *Köhler* a. a. O., S. 38. Vergl. auch *Ludewig* a. a. O., S. 84, 94 und *Löbl*, AcP 130, 39.

555 *Ludewig* a. a. O., S. 81; *Löbl*, AcP 130, 24, 28, 29.
Vergl. kritisch zur Vollmacht: *Müller-Freienfels* a. a. O., S. 326 f.

556 *Jaeger-Lent*, KO, § 43 Anm. 26. *Ludewig* a. a. O., S. 93: „Der Ermächtigende hat, da er das materielle Recht behält, die Widerspruchsklage gem. § 771 ZPO sowie das Aussonderungsrecht."

557 *Erman-Ronke*, § 1074 Bem. 2 / *Palandt-Hoche*, § 1074 Bem. 2 / *Planck-Brodmann*, § 1074 Bem. 1 a / RGRK *(Denecke)* § 1074 Bem. 1 / *Soergel-Siebert (Mühl)* § 1074 Bem. 2 / *Staudinger-Spreng* § 1074 Bem. 1. Vergl. auch RGZ 83, 117 f. (120) für das im Prozeß des Pfandgläubigers ergehende Urteil und *Schönke-Schröder-Niese*, § 73 IV 2, S. 339 für den Prozeß des Pfändungsgläubigers gegen den Drittschuldner.

b) Die Ermächtigungslehre erstreckt die Rechtskraft des zwischen Einziehungsermächtigten und Schuldner ergehenden Urteils auf den Gläubiger[558], da der Ermächtigte nur das Recht des Gläubigers geltend mache[559].

Die Rechtskrafterstreckung bei der Ermächtigung hängt eng mit der konkurrierenden Rechtszuständigkeit zusammen. Der Schuldner muß geschützt werden, daß ihn später nicht der Ermächtigende erneut belangen und ihm unter Umständen die Last einer neuen Verteidigung gegen den Anspruch aufbürden kann.

Hingegen besteht für die Ausdehnung der Rechtskraft beim Nießbrauch nicht dasselbe Bedürfnis, da das Einziehungsrecht des Nießbrauchers den Gläubiger von der Einziehung ausschließt.

15. Wie wenig die herrschende Meinung bereit ist, aus der von ihr behaupteten Wirkung der Ermächtigung, nämlich daß der Ermächtigte ein eigenes Forderungsrecht gegen den Schuldner erhalten soll, die nötigen Konsequenzen zu ziehen, zeigt das von ihr geforderte besondere rechtliche Interesse an der Einklagung der Forderung durch den Ermächtigten.

Die gewillkürte Prozeßstandschaft soll hier nach ihrer Zulässigkeit nicht untersucht werden[560], insbesondere soll auch nicht untersucht werden, ob sie auch dann zuzulassen ist, wenn keine Einziehungsermächtigung erteilt ist, es sich also um eine rein prozessuale Frage handeln würde[561].

a) Eindeutig berechtigt das Einziehungsrecht des Forderungsnießbrauchers diesen zur Einklagung[562], das bedarf keiner besonderen Darlegung, denn der Nießbraucher verlangt ein gerichtliches Urteil über

---

558 *En.-L.* § 79 IV 2, S. 323 / *Erman-Westermann*, § 398 III, 15 / *Kreß*, Allg. Schuldrecht, S. 518 / *Löbl*, AcP 130, 37 f. / *Ludewig* a. a. O., S. 50, 94 / RGRK *(Löscher)* § 398 Anm. 45 / *Rosenberg*, Lehrbuch, § 45 III 4, S. 198 / *Siebert* a. a. O., S. 273 f. / *Schönke-Schröder-Niese*, § 77 III 3, S. 352 / *Stein-Jonas-Schönke (Pohle)*, § 325, VI 1 / *Wieczorek* II § 325 B III a.

Vergl. auch *Baur*, Sachenrecht, § 18 IV 2, S. 146 für den Grundbuchberichtigungsanspruch.

Gegen die herrschende Lehre: *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 679; *Kisch*, Festschrift für *Carnelutti* II, S. 412, 413.

Vergl. aus der Rechtsprechung im Sinne des Textes:

RGZ 73, 306 f. (309); RG, JW 29, 1747 f. mit zustimmender Anmerkung von *Rosenberg;* RGZ 170, 191 f. (192); BGH, LM Nr. 9 zu § 325 ZPO.

559 Der Ermächtigte repräsentiere den Ermächtigenden. So *Ludewig* a. a. O., S. 50, 51, gegen die Begründung des Reichsgerichts in RGZ 73, 306 f. (309).

Hier zeigt sich wie bei der Aufrechnung — vergl. oben S. 79 — eine der Folgen des Umstandes, daß Einwilligung und Vertretung nicht genügend auseinandergehalten werden; vergl. oben S. 5 der Arbeit und *F. Leonhard*, Allg. Schuldrecht, S. 679.

560 Vergl. oben S. 1. Gegen sie eingehend *Kisch*, Festschrift für *Carnelutti* II, S. 403 f.

561 Gegen dise Form offenbar *En.-L.* § 79 Anm. 28

Vergl. auch *Köhler* a. a. O., S. 52 f.; OLG Stuttgart, Rechtspr. der OLG 40, 350; KG in JR 1953, 262.

562 *Staudinger-Spreng*, § 1074 Bem. 1.

ein ihm zustehendes Recht[503]. Materielles Recht und Klagebefugnis fallen nicht auseinander, ein besonderes Rechtsschutzinteresse braucht nicht dargetan zu werden.

b) Seit RGZ 91, 390 f. (397)[564] verlangt das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ein besonderes Rechtsschutzinteresse gerade daran[565], daß der Ermächtigte im eigenen Namen ein fremdes Recht geltend machen darf[566]. Dies auch und gerade dann, wenn dem Kläger eine Einziehungsermächtigung erteilt war.

Mit dem Erfordernis des besonderen rechtlichen Interesses scheuen Lehre und Rechtsprechung doch offenbar vor den Konsequenzen zurück, die sich daraus ergeben müßten, daß der Einziehungsermächtigte ein eigenes Forderungsrecht gegen den Schuldner erlangen soll.

Dann dürfte man so wenig wie beim Nießbraucher einer unverzinslichen Geldforderung ein über das allgemeine Rechtsschutzinteresse hinausgehendes Interesse an der Geltendmachung fordern[567].

*Rosenberg*[568] hat die Ermächtigungslehre folgerichtig auf den Prozeß angewandt und hat ein besonderes Rechtsschutzinteresse verneint.

Der BGH hat die Meinung *Rosenbergs* ausdrücklich abgelehnt[569]

In einer Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofes hat *Pohle*[570] die Bedeutung des § 185 BGB herausgestellt, die diesem nach der Ermächtigungslehre zufallen muß. Auch er hält wie *Rosenberg* das Erfordernis eines besonderen Rechtsschutzinteresses nicht für angebracht: „Aus der materiellen Rechtsstellung des Ermächtigten (aus § 185!) kann dann ohne weiteres sein rechtliches Interesse abgeleitet werden, das Recht des anderen auch im eigenen Namen vor Gericht geltend zu machen. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis ist dann nicht mehr in dem oben erörterten besonderen Sinne zu prüfen. Das (allgemeine) Rechtsschutzbedürfnis ist nur dann zu verneinen, falls es auch fehlen würde, wenn der Ermächtigte selbst Inhaber des streitigen Rechts wäre."

---

563 *Köhler* a. a. O., S. 50.

564 *Anders* noch RGZ 73, 306.

565 OGH 1, 333 f. (335). Vergl. auch *Pohle*, MDR 56, 154 f. Das ist mehr als das für jede Klage nötige Rechtsschutzinteresse (gegen *En.-L.* § 79 IV 2).

566 RGZ 91, 390 f. (397) / RG in JW 37, 541 / RGZ 166, 218 f (238) / RGZ 170, 191 / OGHZ 1, 333 f. (335) / BGHZ 4, 153 f. (165) / BGH, JZ 56, 62 / BGHZ 25, 250 = NJW 57, 1838 f. / BGH, JZ 58, 245 mit Anm. v. *Baur* / BGHZ 30, 162 = NJW 59, 1725 f.

Ebenso die herrschende Lehre. Vergl. die Angaben bei *Rosenberg*, Lehrbuch, § 45 II 2 c, S. 196.

Vergl. weiter: *En.-L.* § 79 IV 2; *En.-N.*, § 204 I 3 a, S. 1236; *Ludewig* a. a. O., S. 53; *Pohle*, zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für *Lent*, S. 211; *Schönke-Schröder-Niese*, § 23 II, S. 118.

567 Vergl. auch *Köhler* a. a. O., S. 52 und *Kisch*, Festschrift für *Carnelutti* II, S. 411.

568 Zur Lehre von der gewillkürten Prozeßstandschaft, JZ 52, 137 f. und Lehrbuch § 45 II 2 c. Vergl. auch *Löbl* a. a. O., S. 317.

569 BGH, JZ 56, 62 = LM Nr. 6 zu § 50 ZPO.

570 MDR 56, 154 f.

Wenn die Ermächtigungslehre einerseits annimmt, der Einziehungsermächtigte könne vom Schuldner die Leistung verlangen, andererseits für die Klage des Ermächtigten ein besonderes Rechtsschutzinteresse verlangt, so wird man auch darin die in der Arbeit versuchte dogmatische Einordnung § 185 BGB bestätigt finden dürfen.

## § 24:
## ERGEBNIS

*Die praktische Bedeutung der Einziehungsermächtigung*

Nach allen angeführten Gesichtspunkten gibt die Einziehungsermächtigung dem Ermächtigten kein Einziehungsrecht[571].
Dennoch ist die Einwilligung nach § 185 BGB im Rechtsverkehr dann nicht ohne Bedeutung, wenn ihr eine Forderungsabtretung zur Sicherheit vorausgeht.
In der großen Zahl der Fälle erkennt nämlich dann der Schuldner die wahre Stellung des Einziehungsermächtigten nicht, er hält ihn weiterhin für den Forderungsberechtigten und leistet an ihn als seinen vermeintlichen Gläubiger.
Den Schuldner befreit seine Leistung aufgrund der Einwilligung des Gläubigers diesem gegenüber[572], er wird darum nicht benachteiligt.
Erst wenn sich der Schuldner weigert, an den Einwilligungsempfänger zu leisten, muß nach der hier vertretenen Auffassung die Einziehungsermächtigung versagen, denn der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet.
In der Praxis wird sich der Schuldner wohl immer dann weigern, wenn ein Dritter die Forderung geltend macht, der nicht zuvor, wie in dem zuerst erwähnten Fall, Gläubiger des Schuldners gewesen ist.
Der Gläubiger muß deshalb dem „zu Ermächtigenden" entweder die Forderung abtreten, ihm unter den oben beschriebenen Voraussetzungen einen Nießbrauch an der Forderung bestellen oder ihm Vertretungsmacht einräumen. Damit werden allerdings die wirtschaftlichen Verhältnisse aufgedeckt.

Doch auch nach der Ermächtigungslehre muß der Ermächtigte im Prozeß die Verhältnisse offenbaren[573], wenn zur Einklagung der Forderung die Zustimmung des Gläubigers und ein besonderes Rechtsschutzinteresse verlangt wird.

Im Prozeß kann der Ermächtigte nicht länger „mehr scheinen als sein".

---

571 Vergl. insbes. oben S. 61.
572 Vergl. oben S. 61.
573 Vergl. BGH, LM Nr. 4 zu § 325 ZPO.

## V. Abschnitt

### § 25:
### SCHLUSSFOLGERUNG

Ein über die Zustimmung nach § 185 BGB hinausgehendes Ermächtigungsprinzip gibt es nach der dem BGB zugrundeliegenden Anschauung nicht.

Auch aus § 185 BGB läßt sich die Ermächtigung i. S. der herrschenden Meinung nicht herleiten.

Die Lehre von der Ermächtigung verdeckt die wahren systematischen Zusammenhänge.

## LEBENSLAUF

Am 3. 10. 1935 wurde ich als Sohn des Bürgermeisters Friedrich Raich und der Julie geb. Seitter geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Volksschuljahren in Rutesheim, Krs. Leonberg, und in Böblingen besuchte ich das Goldberg-Gymnasium Böblingen-Sindelfingen, an dem ich am 10. 3. 1955 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen und je ein Semester an den Universitäten München und Freiburg.

Nach 7 Semestern habe ich am 15. 12. 1958 an der Universität Tübingen die erste juristische Staatsprüfung bestanden.

Seit 15. 1. 1959 bin ich im Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart.

Im Frühjahr und Sommer 1960 besuchte ich die Kurse für Rechtsvergleichung an der Internationalen Fakultät für Rechtsvergleichung in Luxembourg, im Frühjahr 1961 einen weiteren Kurs an der Universität Madrid. Die Examen habe ich jeweils bestanden.